

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DERECHO



"La Responsabilidad Precontractual y su incidencia en el Derecho del Consumidor"

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Profesor patrocinante: Sr. Rodrigo Momberg Uribe
Alumno: Gustavo Adolfo Gutiérrez Quidel

Valdivia, Chile, 2008

Valdivia, 18 de enero de 2008

Sr. Juan Andrés Varas B.
Director Instituto Derecho Privado y Ciencias del Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile

REF: Informa Memoria de Prueba de don Gustavo Gutiérrez Quidel.

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba presentada por el alumno Gustavo Gutiérrez Quidel, titulada "**La responsabilidad precontractual y su incidencia en el Derecho del Consumidor**".

En lo relativo al aspecto formal de la presente tesis, el memorista ha utilizado un estilo correcto de redacción, con un nivel adecuado de vocabulario técnico y jurídico para una tesis de licenciatura.

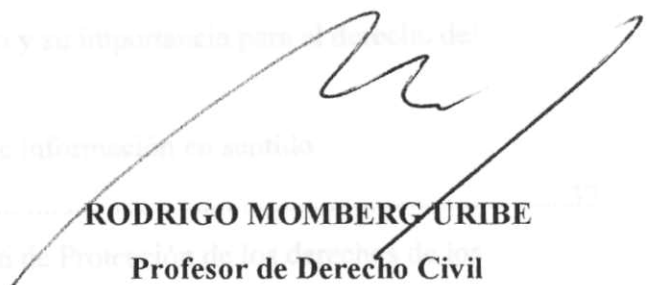
En cuanto a la utilización de material bibliográfico, se ha consultado un número apropiado de fuentes, tanto nacionales como extranjeras.

El tema abordado por el tesista ha sido escasamente estudiado por la doctrina nacional, en especial aún cuando se trata ajuicio del suscrito de una materia relevante, ya que analiza la conducta del proveedor en la etapa previa a la celebración del negocio de consumo, donde si bien existen especiales obligaciones de información que la ley le impone, también tienen aplicación el principio de buena fe (transversal a todo el iter contractual) y el deber de cooperación entre las partes. Además, la tesis hace referencia a casos especiales en que podría surgir esta especie de responsabilidad, como son los de los productos peligrosos, los contratos de adhesión y la publicidad; siempre en el ámbito del Derecho del Consumo.

La estructura de la memoria se resume en tres capítulos. El primero da cuenta de los aspectos generales de la responsabilidad precontractual. En el segundo, el tesista desarrolla el tema de la responsabilidad precontractual y su aplicación al Derecho de Consumo. Por último el tercer capítulo trata del derecho y deber de información y su importancia para el Derecho de Consumo.

En definitiva, se trata de un trabajo correctamente estructurado en cuanto a su forma y fondo, con análisis de doctrina y derecho comparado; por lo que el suscrito estima que la memoria informada debe ser calificada para todos los efectos reglamentarios con nota **6,0 (seis coma cero)**.

La tesis se encuentra por tanto autorizada para empaste.



RODRIGO MOMBERG URIBE
Profesor de Derecho Civil

Índice

Introducción.....	3
Capítulo I: Aspectos generales de la responsabilidad precontractual:	
a) Enfoques dados por la doctrina comparada.....	4
b) Fundamentos, objetivo de su establecimiento y motivo(s) de su creación.....	6
c) Responsabilidad precontractual y vicios del consentimiento.....	9
Capítulo II: La responsabilidad precontractual y el derecho del consumidor:	
a) Principios y fundamentos de la responsabilidad precontractual aplicados a nuestro derecho de consumo a la luz de los criterios dados por la doctrina.....	12
b) El <i>iter</i> contractual en la relación proveedor/consumidor.....	14
c) Enlace responsabilidad precontractual y derecho del consumidor. Nuevos enfoques.....	16
c.1 Productos peligrosos y riesgo en desarrollo.....	16
c.2 Condiciones generales de la contratación, contratos por adhesión y cláusulas abusivas.....	19
c.3 Publicidad y deber de información como un supuesto de deber precontractual.....	25
d) Análisis de la ley 19.496 que establece normas de protección para los derechos de los consumidores.....	30
Capítulo III: El derecho y deber de información y su importancia para el derecho del consumo:	
a) Aspectos que abarca el deber de información en sentido amplio.....	32
b) La información en la ley 19.496 de Protección de los derechos de los consumidores.....	37
c) La información en los contratos electrónicos.....	39
Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	44

Introducción.

Creciente importancia ha pasado a tener la responsabilidad precontractual en la actualidad, ello se percibe en razón de los estudios y trabajos que se han realizado en los últimos tiempos y que abordan el tema de alguna u otra forma.

La responsabilidad civil está en constante expansión y el derecho de daños se ha ampliado en temas incipientes como por ejemplo, lo referente a la pérdida de la “chance” u oportunidad¹, donde lo indemnizable es la incertidumbre de conocer los resultados que lleve envuelta una determinada negociación, es decir, las probabilidades de ganancias o de evitación de pérdidas. Este tema aún no se ha abordado en Chile, pero es un ejemplo ilustrativo de que no es impensable o desproporcionada la ampliación de la responsabilidad civil.

Es así como es legítimo y pertinente el desarrollo de la responsabilidad precontractual, más aún cuando ya ha sido tratada hace ya bastantes años por la doctrina. Los fundamentos, procedencia, principios en los que se inspira y su campo de aplicación han sido objeto de muchas teorías. Sin embargo es el concepto de buena fe el que la ha fundamentado en forma menos controvertida y que impone que lo que debe guiar las relaciones precontractuales y contractuales es una conducta, leal, correcta y honrada. Sin embargo, podemos decir que la buena fe juega además un rol social al no quedar subsumida solamente en lo que toca al derecho de los contratos, motivo por el cual se le ha considerado un principio general de derecho.

Por otro lado, es clara la delimitación entre la etapa previa al contrato y el principio de éste. Es esta etapa previa la que será objeto de estudio en la presente tesis, pero en función de su aplicación en el derecho del consumo. Este último es una rama del derecho que ha tenido una regulación muy acabada en la mayoría de los países, aunque su relevancia es tal que no sólo han intervenido normas pertenecientes al derecho privado, sino que la normativa utiliza aspectos que adscriben al derecho público.

Cabe preguntarse entonces, si puede llegar a tener aplicación plena la responsabilidad precontractual en el derecho de consumo, tomando en consideración que éste último posee ciertas particularidades que lo diferencian de las relaciones contractuales que escapan de su regulación, a saber, la desigualdad entre las partes: proveedor-consumidor y la casi ausencia de una fase previa de negociación o tratativas preliminares. A mí modo de ver es muy posible que se puedan armonizar estas dos ramas y es el derecho/deber de información el que da la pauta para considerar la mayor parte de los casos de responsabilidad precontractual, aunque es de esperarse que no sea la única fuente.

¹ Ríos I. y Silva R., “Pérdida de la chance u oportunidad como nuevo capítulo indemnizatorio”, en *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, pp. 491-501.

Capítulo I: “Aspectos generales de la responsabilidad precontractual”

a) Enfoques dados por la doctrina comparada.

Para comenzar este acápite, lo primero que hay que hacer es una breve síntesis de lo que se entendió en un principio por responsabilidad precontractual y su evolución. No se puede hablar de un sólo autor precursor de la teoría de la responsabilidad precontractual, sino que esta se fue moldeando con la aportación de algunos que ya advirtieron que existía una fase anterior al contrato propiamente tal. En esta etapa previa existen hechos en los que las partes “sondean terreno” a fin de formarse la convicción de si conviene o no contratar.

El primer autor que se abocó a estudiar de lleno el tema fue Ihering² (en el siglo XIX), con su teoría de la “culpa in contrahendo”, se aboca a los casos en que existen daños en la etapa de formación de los contratos o en casos que estos hayan sido declarados nulos. Este autor se centra, entonces, en la etapa de formación del consentimiento y afirma que las negociaciones previas a un contrato comienzan sólo con la oferta. Postula la existencia de un “pacto tácito”, en el cual existe un deber de garantía de la validez del contrato, por decirlo así, del oferente al futuro contratante, lo que vendría a justificar la existencia de una reparación a la parte perjudicada. El mérito de este autor salta a la vista, fue el primero en escribir un libro dedicado a su teoría de la *culpa in contrahendo*, en el que además de lo brevemente expuesto, indaga sobre los fundamentos y el tipo de responsabilidad que se originaba. Delimitó la fase previa entre la oferta y lo que está antes de esta, señalando que sólo a partir de la oferta tiene lugar la responsabilidad precontractual, lo que coincide con su teoría que se centra en la etapa de formación del consentimiento. Sostuvo la existencia de un período precontractual reducido o limitado. Esto se justificó por una idea que aún es la gran detractora de esta responsabilidad, la que sostiene que el principio de libertad contractual implica que las partes, antes de anudar cualquier vínculo contractual, son libres para sostener las conversaciones y actuaciones necesarias sin que se origine ningún tipo de responsabilidad, precisamente por la ausencia de obligación. Entonces, lo que se indemnizaría por responsabilidad precontractual es la actuación posterior a una oferta, esencialmente su revocación o retiro intempestivo.

Más tarde, en el año 1906, Fagella amplió el campo de aplicación de la responsabilidad precontractual al considerar como vinculante la etapa previa a la oferta. Vinculante en el sentido que durante esta etapa puede surgir igualmente algún tipo de responsabilidad (no en el sentido de existir una obligación de tipo contractual). Fagella divide el período precontractual en tres, agregando que en cada uno de ellos el deber de diligencia o cuidado es mayor en la medida que nos encontramos más próximos a la celebración del contrato. La primera etapa corresponde a las negociaciones preliminares, la segunda a la preparación de la oferta y la tercera es la emisión de la oferta. Con esto se instaura de manera

² Ihering R., “De la culpa in contraendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”, en *Oeuvres choisies*, vol II, p. 1 i ss. Citado por Stiglitz G y Stiglitz R., *Responsabilidad precontractual*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1992

definitiva el concepto de tratativas preliminares. La gran diferencia entre la teoría de Ihering y la de Fagella está en que en la primera, los contactos existentes en la etapa previa a la oferta se consideran meros hechos sociales. En cambio, a partir del aporte de Fagella y Saleilles, las actuaciones en esta etapa pasan a tener el carácter de hechos jurídicos. El año 1907 Saleilles publicó un estudio sobre la obra de Fagella, en él refuerza sus ideas y desecha a la culpa como factor de atribución y en su lugar se establece la de violación de la confianza creada en la parte que sufre el perjuicio. A partir de entonces, los autores se han centrado en compatibilizar esta “nueva responsabilidad civil” con otros principios civiles como el de la libertad contractual o la autonomía de la voluntad, a modo de ejemplo. Además, sus fundamentos y sobre todo su procedencia han sido objeto de muchas cavilaciones doctrinales, llevando a algunos autores incluso a negar la existencia de esta responsabilidad.

Actualmente los enfoques que se le han dado a esta responsabilidad no han sido pocos y cada uno varía dependiendo de los fundamentos y principios en los que se han hecho descansar, por una parte, y por otra, de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad para efectos de su procedencia. Así, actualmente el derecho alemán es el que más lejos ha llegado con esta responsabilidad de tipo precontractual, llegando al postulado de sostener que cualquier acercamiento de carácter comercial hace surgir una relación jurídica especial entre las partes. Ya no casi no se discute aquí que los hechos precontractuales son de carácter jurídico y no meramente sociales³.

En la doctrina italiana, se puede apreciar una gran familiarización con esta responsabilidad y la línea inspiradora ha sido la buena fe, esto es así quizás por la normativa existente en ese país: el Código Civil italiano, en su art.1337 y siguientes habla de las “tratativas y responsabilidad precontractual”. A partir de los artículos 1337 y 1338, los autores italianos han diferenciado dos tipos de conducta violatoria de la buena fe en la etapa previa a la formación del contrato: la primera, basada en el art.1338, que protege a la parte que sufre de error, haciendo extensiva la norma al caso que una de las partes sabe que un tercero ha engañado a la otra y no lo comunica; y el art. 1337, para casos en que una de las partes sea autora del vicio de la voluntad. En España, no existe un texto legal expreso relativo a la fase precontractual, pero los autores (Asúa González, Díez Picazo, García Vicente)⁴ han considerado que en la preparación de un contrato se debe respetar la buena fe, con las consecuencias que su infracción derivaría, (obligación de indemnizar), esto por una interpretación extensiva del principio general de buena fe en la fase formativa del contrato.

Algo similar ocurre en el derecho argentino, los autores han sustentado la responsabilidad precontractual en el principio general de buena fe. No obstante la doctrina es

³ Goldenberg I. , *Indemnización por daños y perjuicios*, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 1993, p.155 (pie de pág. n° 3)

⁴ Asúa C., *La culpa in contraendo*, Servicio editorial Universidad del país Vasco, p. 251-254; Díez Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Ed .Civitas, 5ª edición, Madrid, 1996, p. 271; García Vicente J., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Ed. Aranzardi, Pamplona, 1997, p.61, citados por Zuloaga M, *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 86-87

más completa y ha ahondado más en lo que es el derecho/deber de información, incluyendo a las relaciones de consumo, como veremos más adelante. En nuestro país, H. Rosende, entre algunos autores más, (Saavedra, Ducci, Domínguez H. C., Domínguez A.R y Domínguez B. R. ha desarrollado la responsabilidad precontractual)⁵, fundamentándola en el deber general de buena fe consagrado en el art. 706 inc 2º, en su fase subjetiva, lo que se traduce en un comportamiento leal, honesto y veraz en su aspecto objetivo⁶.

b) Fundamentos, objetivo de su establecimiento y motivo (s) de su creación.

Los fundamentos de la responsabilidad de tipo precontractual descansan en principios tales como la buena fe, que implica un actuar diligente, leal y correcto en las relaciones humanas, la culpa de una de las partes, el abuso del derecho, declaración unilateral de voluntad, obligación de garantía o pacto tácito al que se refería Ihering, la seguridad, la confianza y la equidad. Estos conceptos fundamentan la existencia de la responsabilidad precontractual a través de los deberes precontractuales, estos también son variados y su aplicación varía en cada caso, entre estos tenemos al deber de cooperación, deber de información, deber de seguridad, deber de diligencia, entre otros.

En lo que se refiere a la culpa, esta puede ser de tipo contractual o aquiliana, la primera, de tipo contractual, se apoya en la llamada *culpa in contrahendo* formulada por Ihering, en el cual el pacto tácito posterior a la oferta y anterior a la aceptación encerraría un matiz de tipo contractual, precisamente en este pacto de garantía en la validez del contrato, el cual de alguna forma, se incorpora a él. Por otro lado, la culpa aquiliana se funda en la idea de que nadie debe inferir daño a otro y que si en la retractación de un oferente se causa daño al destinatario, esto constituye un cuasidelito y debe ser reparado, en este sentido al parecer la doctrina se ha ido decantando. Al respecto, Goldemberg sostiene que los principios que fundamentan el período de las tratativas no resultan del todo aplicables al período formativo del contrato. Esto según lo afirmado por él en el sentido de entender que el grado de responsabilidad que precede a la oferta no es la misma que la que existe (o debe existir, según mi entender) en la etapa posterior a la formulación de la oferta. Esta es una de las ideas que rescataré, en parte, para el desarrollo de la responsabilidad precontractual en el ámbito del derecho del consumo. Esto porque considero es un argumento doctrinal para decir que con mayor razón se debe tener en cuenta la existencia de responsabilidad precontractual, pero ahora aplicada al derecho del consumo, donde, precisamente el período precontractual, en la generalidad de los casos, se reduce a la oferta (información, publicidad del proveedor). El

⁵ Ducci C., *Derecho Civil., parte general*, Ed. Jurídica de Chile (4ª edición actualizada), Santiago, 1995, p 255; Saavedra F., *Teoría del consentimiento*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1994, p.268; Domínguez B. R., Domínguez A. R. y Domínguez H. C., “Comentario de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, nº 199, p. 182.

⁶ Rosende H., *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979. p. 68-69

mencionado autor le atribuye el carácter de un hecho delictual a la responsabilidad precontractual y la fundamenta en el art. 512 del Código Civil argentino referente a la culpa, al igual que las teorías de la naturaleza contractual de esta responsabilidad pero culpa entendida como negligencia distinta a la llamada *culpa in contrahendo*⁷.

El abuso del derecho apunta a que cada uno tiene un derecho vinculado a la autonomía de la voluntad de no contratar, pero de este derecho se abusaría cada vez que se produce un retracto de la oferta o, hablando en forma más amplia, del retiro de las tratativas preliminares. En Argentina la teoría del abuso del derecho es avalada por Spota y además está consagrada en el artículo 1071 inc. 2º del Código Civil argentino.⁸ En nuestro derecho, sin embargo, Pablo Rodríguez sostiene que no existe el abuso del derecho. Llega a esta conclusión al vincularlo con el concepto de derecho subjetivo, en el que existe la posibilidad de que se exija su tutela mediante el requerimiento del poder coercitivo, en cambio al hablar de abuso del derecho, el derecho al que se alude, en este último caso es inexistente. Entonces al solicitar tutela por este derecho, al no existir esté o al menos, no estar resguardado de la forma como sí lo están los derechos subjetivos, se termina por causar perjuicio a otros⁹.

En lo que se refiere a la confianza y seguridad, los autores ven en ellas el fundamento para considerar una responsabilidad precontractual, cuando se han visto burladas por la parte que creía (buena fe) razonablemente en la celebración del contrato.

Vale mencionar que, respecto a los fundamentos de la responsabilidad de tipo precontractual, en nuestro país, Zuloaga hace una distinción entre fundamentos de tipo mediato y los de tipo inmediato. Este último, en su opinión, es variable en cada caso mientras que el mediato es unívoco, y en palabras de la autora, corresponde a la buena fe, pero en su sentido objetivo.

La forma en que se ha conciliado la responsabilidad precontractual con la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, principios estos que parecieran estar en tensión con el hecho de que nadie se obliga por hechos anteriores a la formación de un contrato, es mediante el argumento de que en la etapa de tratativas preliminares se tiene como fundamento principal la buena fe. En razón de esto, si se cumplen ciertos requisitos, se genera obligación de indemnizar, no obstante los principios clásicos de libertad y autonomía en el ámbito contractual. En nuestro país, los autores han propuesto los requisitos de gastos efectuados en razón de la celebración del contrato y un retiro de carácter injustificado. El primero apunta al daño que sufre una de las partes, daño en su patrimonio, a lo que alguna doctrina ha llamado interés negativo¹⁰, diferenciándolo del interés positivo, que se refiere a los beneficios que se esperan con la celebración del contrato. Además Pizarro y De la Maza han incluido el

⁷ Goldenberg I., *Indemnización por daños y perjuicios*, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 1993, pp. 160-165.

⁸ Spota A., *Tratado de Derecho civil, Contratos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, p.66, citado por Zuloaga M., *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 60

⁹ Rodríguez P., *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 340-341

¹⁰ AA.VV., *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, 2006, p. 357

consentimiento en las negociaciones¹¹, este último requisito ha sido obviado por algunos, pero resulta de mucha importancia para distinguirlo de la etapa previa a la existencia de un contrato. Sin embargo, el autor cita a Asúa González para apoyar la afirmación de que uno de los aspectos que se debe tener en cuenta para la extensión del daño, es la confianza y apariencia creada entre las partes¹². Sin embargo, mi pregunta ahora es si ¿Puede considerarse esta confianza legítima como causal autónoma como perjuicio para una reparación? Al respecto, existen autores que sostienen, en relación a la reparación del daño, que la indemnización esencialmente obedece a una razón de convivencia en paz y de solidaridad social¹³. Lo anterior fundamenta una nueva teoría de la responsabilidad civil, cuyo impulsor, Lévy, propone que para que sea procedente la reparación basta acreditar que una persona ha burlado la “confianza legítima”, y agrega que “los hombres necesitan tener confianza entre sí para vivir y actuar en sociedad y cada uno debe abstenerse de violarla”¹⁴. En otro sentido, en nuestro derecho, Molinari considera que todo daño injusto merece ser reparado, haya habido o no un contrato.

Todo lo anterior está en armonía, con la responsabilidad precontractual y sería un argumento para consagrar definitivamente esta responsabilidad, de forma que se regule en los Códigos Civiles.

Como los contratos son acuerdos de voluntades entre personas y todas las personas actúan por una motivación, sean afectivas o económicas, la confianza de un contratante en su contraparte debe estar amparada. Debe resguardarse no sólo por el derecho sino que, además por las propias personas al momento de establecer relaciones con sus semejantes. Pero he aquí lo difícil, ¿Cómo se logra esto si existen miles de personas? ¿Si cada una posee (y de hecho tienen) una “conciencia” diversa de cómo se debe actuar en las relaciones interpersonales?

Si cada uno persigue un interés propio y diverso, la buena fe actúa o debe actuar como un concepto conciliador y objetivo. Objetivo, en el sentido de que debe ser el que unifique esta conciencia distinta de cada persona en el trato con los demás. Por fortuna para todos o la mayoría de los habitantes del mundo, este concepto se encuentra consagrado de una u otra forma en las legislaciones, como principio general de derecho y también consagrado expresamente en una situación determinada.

En definitiva, al adherir al concepto de buena fe como fundamento de responsabilidad precontractual, considero que debe tomársele la real importancia. Esto porque, si bien es un concepto abierto, es adaptable a cualquier situación y de él se derivan otros principios fundamentales, como es el deber de cooperación. En la responsabilidad precontractual lo

¹¹ Pizarro C., De la Maza Iñigo., *Responsabilidad Civil Casos Prácticos*, Ed Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 50, 51 y 58

¹² Ibidem., p.53

¹³ Ghersi C., *Cuantificación económica del daño*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999, p.30-31

¹⁴ Lévy, E., *Responsabilité et contrat*, Revue critique de Legislation et Jurisprudence, 1989, pp. 361 y ss., citado por Tapia O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Ed Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 125

indemnizable es lo contrario a la bondad en una relación aproximativa a contratar y que ocasiona perjuicio a la otra parte. Corresponde al juez, como es de esperarse, apreciar en cada caso cuando procede indemnizar, pero tomando en cuenta ahora los fundamentos inmediatos a los que se refiere Zuloaga, los que son variables y pueden corresponder a un abuso del derecho, infracción del deber de seguridad y confianza, equidad, etc. De esta forma es posible conciliar o armonizar los abundantes fundamentos que existen para la responsabilidad surgida en la fase previa del contrato con el concepto de buena fe. Además de esto, se logra abarcar todos ellos y se excluye su aplicación en forma aislada, son variables en cada caso y nada obstaculiza a que en un caso existan dos o incluso más fundamentos precontractuales para un determinado supuesto. Esto puede servir, con la entidad del perjuicio producido, para determinación de la indemnización.

De todo lo anterior surge que la razón de la existencia y regulación de una responsabilidad de tipo precontractual es la presencia de principios o fundamentos que aparecen implícitos, y que en algunas legislaciones se encuentran consagrados en forma expresa.

c) Responsabilidad precontractual y vicios del consentimiento.

La formación del consentimiento está conformada por las etapas que preceden al contrato y pueden corresponder a las tratativas preliminares o simplemente a la aceptación que se dará a una oferta ya elaborada, como ocurre en los casos del derecho de consumo o los contratos por adhesión. En relación a este punto, Pérez García sostiene: “El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser la culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones preliminares; en definitiva, el término o resultado de un *iter* lento y a menudo costoso”¹⁵.

Entonces, en los negocios en los que existen tratativas preliminares, extensas o no, y que desembocan en un contrato que adolece de nulidad, cabe preguntarse: ¿Anula igualmente este error al contrato por vicio del consentimiento o sería necesario recurrir a los deberes precontractuales para formular una responsabilidad precontractual, o, incluso es posible que se superpongan? Lo mismo cabe preguntarse en la etapa posterior a la oferta, aunque en las negociaciones preliminares es donde existe mayor controversia, ya que en la mayoría de las legislaciones es un período no regulado, al menos no directamente.

El deber de información, deber de carácter precontractual, tiene influencia directa en la etapa en que una persona decide prestar su consentimiento y contratar. Este deber genérico de informar es el que ha fundamentado la existencia de vicios del consentimiento, y en un principio sólo a los vicios redhibitorios. En efecto, la existencia de vicios ocultos en la cosa

¹⁵ Pérez P., *La información en la Contratación Privada*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid 1990, p. 190-191, citado por Ernesto Rengifo García, como parte de su ensayo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, disponible en: http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20rengifo%20garcia

objeto del contrato, los casos de error, dolo o culpa que incidan en la formación del consentimiento trae como consecuencia que se produzca la nulidad y además, en algunos casos la indemnización del perjuicio. En este punto asumiré la postura de sostener que la responsabilidad precontractual puede surgir no obstante la solución que el ordenamiento jurídico ha dado, en algunos casos, como son los casos, por ejemplo, de vicios redhibitorios o casos de vicios del consentimiento. Pero esto con la importante limitación que exista efectivamente un daño en la fase precontractual y que se vulneren los principios y fundamentos inmediatos que la harían procedente. Si es así, entonces perfectamente creo que sería posible que, luego de la nulidad o la indemnización propia en los casos de dolo, error o fuerza, pueda pedirse la indemnización correspondiente por responsabilidad precontractual.

Los casos de vicios del consentimiento han servido para cubrir los casos en que el deber de información ha sido incumplido por una parte. Este deber de información cobra relevancia en las relaciones en que las partes se hallan en desigualdad de condiciones por razones de ignorancia o imposibilidad de la contraparte de conocer todos los aspectos que envuelven o conllevan la celebración del contrato (caso típico de las relaciones de consumo). Sin embargo, puede ocurrir que las causales de vicios del consentimiento o vicios redhibitorios no sean los medios más expeditos por ser su prueba “ardua y exigente”. Es por ello que se ha llegado a sostener que el que se ve perjudicado por la falta de información en un caso concreto, puede fundar la ineficacia del contrato basándose precisamente en la falta de información suficiente, como causal autónoma e independiente a los casos de vicios del consentimiento. Ahora bien esto se asemejaría mucho a lo que es un caso de responsabilidad precontractual si además se acompaña de la indemnización que sea procedente¹⁶.

Según Stiglitz-Stiglitz, en el error sufrido por una parte, la anulación del contrato respectivo y la indemnización que la acompaña de ser procedente, constituye un caso de responsabilidad precontractual.

Los autores aludidos, en lo referente a este punto, consideran el incumplimiento del deber de información como la causa genérica de los vicios redhibitorios. Dependiendo del conocimiento y la intención de este incumplimiento se caerá en los supuestos de dolo o error, respectivamente. Siguiendo al autor, considero que no se deben admitir en forma absoluta los postulados de ciertas corrientes liberales que sostienen que actualmente es difícil encontrarse con “profanos absolutos”, o que en ciertos casos el cliente suele estar más informado que el vendedor, o incluso, en relación al principio *caveat emptor*, que se refiere a que cada uno es guardián de sus propios intereses, de manera que no cabe asumir los errores de otro, lo que en definitiva deriva a que, en palabras del autor, el incumplimiento del deber de informar no

¹⁶ Rengifo E., “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, disponible en: http://64.233.169.104/search?q=cache:xy-elkup9h4J:acj.org.co/activ_acad.php%3Fmod%3Dposesion%2520rengifo%2520garcia+deber+de+informaci%C3%B3n+causal+autonoma+vicios+del+consentimiento&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl

afecta la validez del contrato ni da origen a responsabilidades¹⁷. En primer lugar, pienso que no se puede hacer descansar en una presunción sin fundamento el liberarse de una responsabilidad en estos términos, más aún si se considera que esto ocurriría sólo en algunos casos, sin tener la certeza de lo que en realidad ocurriría de aceptarse tales afirmaciones, es decir, la indefensión de quienes realmente ignoran la materia técnica o la complejidad que sólo una parte conoce o maneja en detalle. Por otro lado, concebir que cada uno sea dueño de sus propios intereses y desconocer los intereses de otros implicaría una clara ruptura del principio de buena fe, al basarse en un egoísmo inaceptable, a mi juicio, para la convivencia en sociedad.

Al vincular entonces, los casos de error con el incumplimiento del deber de información y, a su vez, este último con la responsabilidad precontractual, se abre la posibilidad de considerar casos de esta responsabilidad de los cuales no se ha tenido mayor desarrollo doctrinal por centrarse quizás, en lo que son las tratativas preliminares. Como ejemplo, casos de error por vicios redhibitorios, por falta de información con perjuicio a una parte, o los casos de cláusulas abusivas contenidas en contratos por adhesión.

En otro orden de ideas, un sector importante de la doctrina considera que el período de formación del consentimiento se inicia con las tratativas preliminares y estas a su vez, comienzan con el primer contacto social entre las partes, sea en forma presencial, a distancia o por voz y que tenga por objetivo un acercamiento de carácter negocial. Lo anterior puede significar que en toda esta etapa de negociaciones o tratativas, pasando por la etapa de la elaboración y formulación de la oferta, pueden surgir hechos que tienen la significancia jurídica necesaria como para viciar el consentimiento y dar lugar, subsidiariamente a la responsabilidad precontractual. Esto podría ocurrir si por ejemplo, no se puede probar la existencia de dolo o error a la parte demandada, pero sí son verificables los gastos incurridos, las inversiones, la pérdida de confianza y por qué no decirlo, la pérdida de la “chance” u oportunidad a la que hice alusión en la parte introductoria.

Nuestro Código Civil no regula la etapa de formación del consentimiento, como sí lo hace el Código de Comercio. Este último en su art.100 hace indemnizable la retractación de la oferta cuando esta es hecha a destiempo o es intempestiva. No obstante, la doctrina ha entendido que el gran supuesto de responsabilidad precontractual es la ruptura injustificada de las negociaciones, extendiendo o haciendo una analogía extensiva a los supuestos de retiro injustificado de las negociaciones, incluso en la etapa anterior a la oferta. Para esto se ha recurrido al fundamento, por cierto mediato, de la buena fe.

En resumen, en nuestro derecho se aceptan o se conciben formas de responsabilidad precontractual, en la mayor parte de los casos, con ocasión del retiro injustificado de las tratativas preliminares cuando se produce un quebrantamiento del principio de buena fe.

¹⁷ Stiglitz G y Stiglitz R., *Responsabilidad precontractual*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 105-107.

Con este capítulo he querido poner de manifiesto que la concepción de lo que se ha entendido y se entiende hoy por responsabilidad precontractual es variada, además, los casos a los que la mayoría de la doctrina se enfoca principalmente son en los que existen negociaciones previas o tratativas preliminares. Se ha pasando de una tímida y restringida procedencia, a una creciente y paulatina aceptación de posibilidades más amplias, en las que se admite incluso en caso de no existencia de las mencionadas tratativas preliminares. Este último supuesto casi no ha sido explorado por la doctrina, pero ya se ha advertido la posibilidad y diré que, en estos casos sólo existe, en la fase precontractual la oferta o propuesta que una parte hace a otra en los que prácticamente no es posible alterar su contenido. De esta forma, en el iter contractual, la fase primera pasa a ser ya no la etapa de tratativas preliminares, sino que derechamente la etapa de emisión de la oferta.

Capítulo II: “La responsabilidad precontractual y el derecho del consumidor”

a) Principios y fundamentos de la responsabilidad precontractual aplicados a nuestro derecho de consumo a la luz de los criterios dados por la doctrina.

Para comenzar este capítulo en el que vincularemos la responsabilidad precontractual con el derecho del consumo, diremos en primer lugar, que desde sus inicios se pudo observar en el derecho del consumidor una desigualdad en las partes que intervienen. Esta desigualdad se ve reflejada en el poder que de alguna forma posee el proveedor. Este poder se expresa en su experiencia en los negocios, en el hecho que él conoce y posee el producto u ofrece el servicio y en que normalmente se encuentra organizado como empresa y posee asesoría legal y financiera, de marketing, etc... Además, por si fuera poco, y como ya se había adelantado en el capítulo anterior, en el derecho del consumidor, en la generalidad de los casos, no existen tratativas preliminares o negociaciones previas en las cuales se puedan pactar las condiciones y términos del contrato. Producto de la ausencia normalmente, de una etapa previa al contrato, la formación del consentimiento tiene lugar sólo con la aceptación por parte del consumidor a una propuesta ya formulada por el proveedor. Esta asimetría de las partes ha llevado a que sea objeto de una progresiva regulación, tendiente a proteger a la parte que se encuentra en desventaja. En efecto, en la relación proveedor/consumidor, es este último el que posee diversas formas de resguardo que se traducen en derechos a su favor y en obligaciones para el proveedor. Así, a modo ejemplar, Stiglitz-Stiglitz, hace la siguiente enumeración: derecho de acceso al consumo, derecho a la educación para el consumo, derecho a la seguridad, derecho a la información, derecho a la protección de intereses económicos, derecho a la participación, entre otros. Cada uno de estos derechos conlleva la correspondiente obligación o deber que rige para los proveedores y alguno de ellos actúan como principios en la relación desigual entre proveedores y consumidores. Por otro lado, sostienen que en esta relación de proveedores y consumidores la atmósfera contractual se halla enrarecida, ya que la voluntad

de una de las partes limitada en cuestiones esenciales, como son negociar previamente el esquema contractual y luego dotar de contenido al negocio¹⁸.

Tomando en consideración todo lo anterior, los principios de la responsabilidad precontractual que fundamentan el derecho del consumidor, en esta fase son, desde luego la buena fe, que igualmente opera y con mayor razón, a mi parecer en el derecho del consumidor en todo el período contractual, incluyendo el período de formación del contrato. Partiendo de la base de la desigualdad histórica entre proveedores y consumidores la defensa o la protección de los consumidores, aunque parezca redundante, debe considerarse como un principio a tener en cuenta en todo momento¹⁹. Pero además en el derecho del consumidor existen principios o fundamentos que trascienden el ámbito privado (aunque igualmente se puede argumentar que la buena fe, al ser un principio general de derecho y al basarse en las relaciones humanas, engloba y tiene aplicación en el derecho público) y que tienen plena aplicación en la etapa precontractual. Esto es acorde con la naturaleza mixta del derecho del consumidor, al formar parte tanto del derecho público como del derecho privado. Es así como no sólo el deber de información juega un papel esencial al tener como fundamento la transparencia y la honestidad en las relaciones de consumo, evitando errores y perjuicios al consumidor, sino que además tenemos el principio del orden público económico. Este principio se explicitaría, para el caso de la responsabilidad precontractual en esta área, en que se debe fomentar la conducta debida en las relaciones que tengan por objeto el intercambio de bienes y servicios, de forma de lograr la transparencia necesaria para una economía libre de abusos y en armonía con el sistema de mercado imperante. Así, se ha dicho que la libre competencia y las normas de protección del consumidor forman parte del concepto de orden público económico y, a su vez, éste último debe ser un concepto adicional que los empresarios y proveedores deben tener en cuenta en las prácticas comerciales²⁰. En forma similar Oscar Landerretala afirma que una de las tareas de la regulación protectora de los derechos de los consumidores es proteger la competencia, mediante la adecuada publicidad e información a los consumidores. Continúa diciendo que si se permite el deterioro de la competencia, la lógica económica implicaría que los proveedores fueran responsables por el total de los daños y los perjuicios causados. Esto en razón de que son ellos los que podrían evitarlos con un menor costo²¹.

Un segundo grupo de principios son más bien de carácter formal y son el principio de instrumentalismo y pluridisciplinaridad. El primero se refiere a que el derecho del consumo contribuye con su regulación al cambio social, mejorando el equilibrio tanto entre los

¹⁸ Stiglitz G. y Stiglitz R., *Derechos y Defensa de los consumidores*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, pp. 41-64

¹⁹ Hübner A., "Derecho de la contratación en la Ley de Protección del consumidor", en Corral H (editor), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la ley 19496 y las principales tendencias extranjeras*, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, p. 47

²⁰ Ibidem. pág. 25 y 26.

²¹ Landerretala O., "Protección al consumidor y economía de mercado", en Pizarro C. (editor), *Temas de derecho del consumidor*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, p. 57

proveedores como entre estos y los consumidores. Su carácter pluridisciplinario se manifiesta en que posee una estrecha relación con otras disciplinas o ramas del derecho, incluso extrajurídicas, como la teoría económica o la sociológica²².

Por último, en cuanto a la extensión del daño a indemnizar, De la Maza, en lo referente a la responsabilidad precontractual, incluye además el lucro cesante como objeto de indemnización, por lo que las oportunidades contractuales perdidas también estarían incluidas²³. Sin embargo, este último supuesto no se ajustaría a las pretensiones de este tipo de responsabilidad en el derecho del consumo.

b) El *iter* contractual en la relación proveedor/consumidor.

Vistas las particularidades del derecho del consumo, precisaremos cuál es la etapa precontractual. En primer lugar, al no existir, en la mayoría de los casos, negociaciones previas, pasaremos entonces a la etapa de la oferta. Sin embargo, considero que sí existe en esta rama igualmente otros hechos jurídicos previos a la celebración de un contrato de consumo. Estos no necesariamente podrían ser considerados como tratativas preliminares, pero a mi parecer dan origen a responsabilidad de tipo precontractual, según expondré en el apartado siguiente.

En materias del derecho del consumo, la fase precontractual está compuesta por la oferta y por deberes de conducta que se entienden ligadas a esta, como sería el caso del deber de información que pesa sobre los proveedores, la publicidad, las prácticas comerciales de lealtad, seguridad en el consumo y en general, la buena fe, que se traduce en los derechos del consumidor y las obligaciones del proveedor, antes de la celebración del contrato.

Ahora bien, el circuito o las etapas que en los hechos generalmente se siguen en un contrato de consumo en los casos en que el contrato efectivamente se celebra son en primer lugar, un anuncio publicitario. Esta es una práctica comercial de los proveedores destinada a generar “clientela”²⁴, concepto que se refiere a un aspecto integrante de la empresa y a la competencia entre estas y que se diferencia del consumidor en que se ve a éste como una persona con derechos y a la cual le asiste la libertad de elección para poder adquirir bienes y servicios.

Esta publicidad desde el punto de vista del consumidor constituye una información, aunque entre ambas existen algunas diferencias²⁵, siendo la más significativa en mi opinión la finalidad persuasiva de la primera y la necesidad de veracidad y precisión de la segunda. Es la

²² De León A., Moreno C, Aza M., *Derecho de consumo*, Ed. Forum, Barcelona, 1995, p. 44

²³ De La Maza I., “El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual”, en AAVV., *Temas de contratos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 156

²⁴ Sandoval R., *Derecho del consumidor*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp.37 y 38.

²⁵ Momberg R., “El rol de la publicidad en la etapa precontractual en los negocios de consumo”, en *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, p.604; Aimoine E., *Derecho de protección al consumidor*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p. 116; De León A., Moreno C, Aza M., *Derecho de consumo*, Ed. Forum, Barcelona, 1995, p.113 y 114

primera señal que induce al consumidor a contratar con un proveedor. Se trata de momentos anteriores a la ocurrencia de un acto de consumo, en los que el consumidor reflexiona sobre el bien o servicio que va a adquirir y en los cuales “se le bombardea con todo tipo de información publicitaria respecto de las ventajas y cualidades externas del bien o servicio producido”²⁶.

Guiado por la necesidad o el deseo de comprar o disfrutar de un servicio, el consumidor acude al lugar donde posteriormente se realizará la venta. Es aquí donde finalmente se llevará a cabo el contrato o se desistirá del mismo. Esto último puede suceder por la inconveniencia de la compra al ver directamente el producto (lo que justificaría el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos) o por las particularidades, ya sea de funcionamiento o de comodidad que presente el producto o servicio. De celebrarse un contrato, habrá sucedido lo que normalmente ocurre en millones de oportunidades durante un solo día en una determinada localidad.

No obstante lo anterior, también puede ocurrir que el consumidor se abstenga de contratar por haber comprobado que lo que decía el aviso publicitario no era en realidad del todo cierto. Es más, puede ocurrir que al llegar al establecimiento se le informe que aspectos tan esenciales como el precio o las cualidades del bien o servicio difieren sustancialmente a lo exhibido o anunciado, en cuyo caso lo que se ha infringido es el deber legal de información. En tales supuestos al verse el consumidor engañado y/o perjudicado sería el proveedor responsable por publicidad engañosa, y además por responsabilidad precontractual. Pero, ¿sería así en todos los casos considerando que no es lo mismo hablar de deber de información y publicidad?, De ser así, sería el deber de información el que se ve quebrantado. En otro punto, ¿dónde queda la oferta propiamente tal?, ¿es posible asemejarla a la publicidad? Tomaré el significado de oferta de tal manera de considerar al proveedor como oferente y al consumidor como destinatario y partiremos de la base de que en la medida que la publicidad contenga los elementos de voluntad seria, precisión y completitud, estamos jurídicamente ante una oferta²⁷. Ahora bien, los casos de retiro injustificado de la oferta como tradicionalmente se ha considerado causal de responsabilidad precontractual, es posible que se produzca en el derecho del consumidor pero no con frecuencia. Sin embargo, como veremos más adelante, es posible que el no cumplimiento de lo convenido u ofrecido al consumidor pueda asimilarse a un supuesto de retractación con el consecuente perjuicio al consumidor destinatario.

²⁶ De León A., Moreno C, Aza M; Op. Cit.: pág. 129

²⁷ Momberg R., Op. Cit: pág. 603

c) Enlace responsabilidad precontractual y derecho del consumidor.

Nuevos enfoques.

El deber de información, al cual he dedicado el último capítulo, aparece hasta el momento como el gran generador de responsabilidad precontractual para el proveedor, en caso de verse burlado. Esto ocurrirá tanto en el caso en que la información que se entregue sea falsa, como también cuando esta no se entregue y el consumidor contrate existiendo un vicio que haga que posteriormente el contrato se anule, o cuando finalmente no se llegue a contratar pero existan perjuicios que justifican una reparación económica.

Por otro lado, así como Faggela amplió el campo que abarcó la responsabilidad precontractual en sus remotos orígenes a aquellas gestiones anteriores a la formulación de una oferta, de igual manera podría aumentar para los casos que se presenten el derecho del consumo.

c.1 Productos peligrosos y riesgo en desarrollo.

Lo anterior sería posible, en el caso de la responsabilidad surgida por daños en la venta de productos peligrosos. Se conviene en decir que estas responsabilidades surgen como contrapartida a las obligaciones del vendedor de otorgar la posesión útil y tranquila de la cosa. Pero también es cierto que cuando el vendedor, o en términos más generales, el proveedor, se encuentra de mala fe, esto se traduce en una información que no ha sido entregada previamente al consumidor o que la información ha sido errónea. Cabe decir que esta información puede estar perfectamente contenida en la oferta y no necesariamente en la publicidad. Consistiría en dar a conocer el real peligro del producto para la salud e integridad física del consumidor o de informar el vicio que este trae consigo o en otros casos de informar mediante advertencias anexas al producto sobre el potencial peligro que el mismo pudiera ocasionar en la salud o la integridad de las personas. La responsabilidad precontractual tendría lugar al estar de mala fe el proveedor. Esta mala fe se presentaría cuando, en el caso de los productos peligrosos el proveedor no respetara la obligación de entregar una información completa sobre las características y las indicaciones con el fin de que el producto pueda ser correctamente utilizado a fin de evitar daños, como también en el caso que se percate de la peligrosidad o dañosidad del mismo luego de su circulación en el mercado y no tome las medidas conducentes a retirarlo, con el consecuente daño a las personas. En nuestra LPC, esta responsabilidad se encuentra en el art. 45, en el que de igual forma se consagra un deber previo de información para este tipo de productos consistente en la cualidad de peligrosos y la forma correcta de manipularlos cuidando de la integridad de las personas.

El deber de información también cumple de igual forma una importante función en el lo que se refiere a la venta de bienes o productos defectuosos. En efecto, en nuestra LPC, en

su art. 14 se dispone: “Cuando con conocimiento del proveedor se expendan productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados o cuando se ofrezcan productos en cuya fabricación o elaboración se hayan utilizado partes o piezas usadas, se deberán informar de manera expresa las circunstancias antes mencionadas al consumidor, antes de que éste decida la operación de compra. Será bastante constancia usar en los propios artículos, en sus envoltorios, en avisos o carteles visibles en sus locales de atención al público las expresiones "segunda selección", "hecho con materiales usados" u otras equivalentes”.

Las hipótesis son

- Productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados
- productos con partes o piezas usadas

En cualquiera de los casos, el proveedor deberá informar expresamente lo anterior de manera visible. Esta información es de tipo precontractual. Esto queda más claro, a mi juicio luego de la reforma por la ley 19.955, ya que se agrega que esta información debe estar disponible para el consumidor antes de que este decida la compra, y no solamente en los mismos productos ni en sus envoltorios, sino que también en avisos o carteles visibles en sus locales de atención al público.

Estimo que no obstante se pueda adoptar cualquiera de las formas para hacer efectiva la información antes expuesta, el hecho que se haga por carteles o avisos en locales de atención al público, además en cierto modo podría servir de publicidad. Esto por cuanto el aviso expuesto de esta forma, hace presumir además al consumidor que el precio de los bienes ofrecidos es menor que los que no poseen dichas características.

Por último, en nuestra la ley se contempla en el art 20, casos de productos inidóneos. Estos consisten en una serie de situaciones en que se alude al deber de garantía del producto y la responsabilidad para el proveedor nace, en general, cuando el producto no es enteramente apto para los fines para los cuales se adquiere o sus características no se avienen con las mencionadas y rotuladas. En el encabezado de este artículo, se señala que el consumidor puede optar entre tres opciones: la reparación gratuita del bien previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada. Todo esto, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados. Relacionando este supuesto con la responsabilidad precontractual, es la última opción la que debería optar el consumidor, de manera que si existe perjuicio o menoscabo, sería procedente cuando la operación no se lleva a cabo o esta sea anulada.

En relación a la responsabilidad surgida por productos elaborados, existen posturas que la encuadran como un supuesto de responsabilidad contractual, ello será así cuando el consumidor reclama indemnización a la persona con la cual celebró el contrato. Sin embargo, también se ha dicho que el régimen de responsabilidad es el de la extracontractual y en estos supuestos, abarcaría tanto la información deficiente como la publicidad engañosa²⁸. Avala lo

²⁸ Alterini, López Cabana, *La responsabilidad unilateral*, LL, 1991, p. 815 y ss. Citado por...Farina J., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p.217

dicho la Directiva del 25/7/85 de la Unión Europea, la cual atribuye al incumplimiento del deber de información como la causa generadora de responsabilidad por los daños que los productos puedan ocasionar al consumidor. Asimismo, complementando lo anterior, en relación al deber de información consagrado en el art. 4º de la ley 24.240 argentina de defensa del consumidor, en el capítulo II titulado “información al consumidor y protección de su salud”, Roberto López Cabana sostiene que dicho artículo además sirve para informar al consumidor sobre las características de las cosas y de los servicios a prestar. Agrega además que el incumplimiento de su formulación se enmarca ya en terreno de la responsabilidad precontractual²⁹.

Zannoni sostiene que en los casos de responsabilidad por productos elaborados, el consumidor soporta riesgos que no crea, por lo que la atribución de responsabilidad debe hacerse a quien puso el producto defectuoso o vicioso en condiciones de actuar su potencialidad dañosa, es decir, el proveedor. Afirma que por lo que se responde es de los vicios o defectos que son la causa material del daño, pero además por el incumplimiento del deber de información. Respecto del primer caso sostiene que se trata de un tipo de responsabilidad objetiva, mientras que la responsabilidad surgida por una deficiente información, se enmarca como una actividad culposa, que en muchas legislaciones y supuestos está tipificada *a priori*. Con esto entiendo que, implícitamente se está haciendo referencia al deber precontractual de información, y por lo anteriormente expuesto, debe ser reparado o se debe responder por su infracción³⁰.

La justificación de la existencia de la responsabilidad precontractual está como se dijo, en el capítulo primero y corresponde principalmente al principio de buena fe, como fundamento mediato. Esto sin perjuicio que exista un fundamento inmediato de tipo normativo cuando forma parte de un supuesto de hecho regulado específicamente³¹. Tal sería el caso de ciertos deberes precontractuales, entre ellos, el deber legal de información en el ámbito del derecho del consumidor.

Hace algunos años atrás, Hernán Corral se preguntaba si el consumidor afectado podía pedir además indemnización de perjuicios por las expectativas que se tenían en un bien que finalmente resulta inadecuado para satisfacer las necesidades para las cuales se adquirió. Se refería a los daños extrínsecos sufridos por la persona o los bienes causados por la falta de seguridad que debía esperarse de un producto³². Aquí entra en juego la confianza legítima del consumidor como bien inmaterial a tutelar por el ordenamiento jurídico de igual forma a

²⁹ López R., *La información en la protección al consumidor*, disponible en: http://64.233.169.104/search?q=cache:4HLQ7qccF0MJ:www.pandectasperu.org/revista/no199912/lcabana.html+productos+peligrosos+responsabilidad+precontractual&hl=es&ct=clnk&cd=5&gl=cl&lr=lang_es

³⁰ Zannoni E., Compagnucci de Caso R., *Seguros y Responsabilidad Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pp. 275-279

³¹ Valpuesta M., “Formación del contrato”, en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, (Valpuesta M. y Verdera R. coordinadores), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 250 y 251

³² Corral H., “Ley de Protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos” en Corral H (editor), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la ley 19496 y las principales tendencias extranjerías*, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, p.178

como ocurre en los contratos entre “partes iguales”. A lo que se alude es a la confianza legítima no sólo a la celebración de un contrato eficaz, sino a la experiencia y resguardo que se puede esperar de un profesional al vender productos que al contrario de perjudicar, se adquieren con la esperanza de ser útiles e inocuos. Por otro lado, la obligación de seguridad, para el proveedor actuaría acá no como una especie de obligación de garantía, propio del ámbito contractual, sino que como un deber precontractual que se manifiesta en la fase de ejecución del contrato.

c.2 Condiciones Generales de la Contratación, contratos por adhesión y cláusulas abusivas.

En lo referente a las condiciones generales de la contratación, los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas, a mi parecer, el deber precontractual de información tiene mucha incidencia en el consumidor y su libertad de contratar. Estas formas de contratación son de reciente data y se refieren a la contratación en masa. Las razones de su utilización son la eficacia y la economía en su redacción, además de la comodidad de no tener que negociar con cada uno de los potenciales contratantes o, en muchos casos, adherentes al negocio jurídico propuesto.

Antes de continuar, conviene hacer la precisión de diferenciar entre las condiciones generales, los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas. Se puede decir que las condiciones generales son el género y los contratos de adhesión, en las cuales se contienen las cláusulas abusivas, la especie. Las condiciones generales de la contratación están referidas a un número indeterminado de personas, es decir, tiene como principal característica, la generalidad y uniformidad. En cambio, los contratos por adhesión tienen en común la individualidad y en que cada contrato no necesariamente será igual a otro, en el sentido que puede o no incluir todas las condiciones generales. Están dirigidas o se mira desde el punto de vista del predisponente a un sujeto en particular: el adherente. En ellos se puede contener todo o parte de las condiciones generales anunciadas y también redactadas por el predisponente. Las cláusulas abusivas son estipulaciones contenidas en los contratos por adhesión y ellas dan cuenta de la desigualdad existente entre el predisponente y el adherente. Las razones de lo perjudicial de estas cláusulas y que justifica su regulación, sin ir más lejos, están dadas por la limitación de los principios tradicionales de todo contrato celebrado entre iguales. Estos principios son la libertad contractual y la autonomía de la voluntad. Por la imposibilidad de negociar y discutir el contenido del contrato se genera un desequilibrio importante entre las partes con la consecuente desprotección que ello significa para el adherente, que en la mayoría de los casos será el consumidor.

Dicho lo anterior, ahora veremos que existe de igual forma una conexión entre el deber precontractual de información y las condiciones generales contenidas en un determinado contrato por adhesión. En efecto, se ha dicho que uno de los requisitos de

inclusión en los contratos por adhesión es que en el documento contractual figuren las condiciones generales o una referencia expresa al documento donde estas se encuentren³³. Esto supone una información que debe ser entregada al consumidor y que viene dada, en un primer momento, por lo anunciado en las condiciones generales de la contratación. Subsiste aquí de igual forma el deber de información para el predisponente por cuanto las condiciones generales que efectivamente se incluirán en el contrato, pueden omitirse o variar en el contrato de adhesión en particular. Sobre todo si se tiene en cuenta que no necesariamente una cláusula abusiva está inserta en un contrato, sino que aparece referida por medio de reenvío o como una regla externa al contrato. De esta forma se vincula igualmente con la publicidad que de alguna u otra forma llega a oídos del consumidor y que lo invita a adherir a un determinado contrato. En la legislación argentina de protección de los consumidores, se invocan los deberes de buena fe, de información precontractual, defensa de la competencia y de lealtad comercial pero como causal de la nulidad total o parcial de las cláusulas abusivas, contenidas en los contratos de adhesión. Esto se dice en el art. 37 de dicha ley. Asimismo y en similares términos se estableció en la Comisión N° 3 de Derechos del Consumidor, en el VII Congreso Internacional de daños del año 2002, agregando que la nulidad puede pedirse de haberse infringido el deber de información tanto en las tratativas previas o una vez perfeccionado el contrato, como también en los casos en que las condiciones generales no han sido entregadas al consumidor.

Por otra parte, también se ha fundamentado como uno de los mecanismos idóneos para reprimir las cláusulas abusivas, la buena fe en su sentido objetivo. Miguel González hace una distinción entre un control de tipo sustantivo, y otro de tipo formal. El primero incide sobre el contenido de las cláusulas abusivas, la buena fe y la equidad, mientras que el segundo, el control formal, se refiere a la medida en que la redacción y publicidad de las condiciones generales influye en la libertad de decisión del consumidor³⁴. En relación a los controles de contenido, además de los ya enunciados, Tapia y Valdivia agregan el abuso del poder negociado y la defraudación de las expectativas del adherente. Para estos autores las expectativas del adherente se protegen cuando el predisponente respeta al menos los términos usuales de comercio y las disposiciones legales³⁵. Además, según los autores, entre los criterios de interpretación que el juez debe tener en cuenta para determinar una cláusula como abusiva, está la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, la equidad³⁶. Así, Carlos

³³ Aimoine E., *Derecho de protección al consumidor*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1998 p. 72

³⁴ González M., *Reflexiones sobre las Condiciones Generales*, Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid, 1996, pp. 4948 y ss, citado por Sevia A., *Cláusulas abusivas en la contratación, en especial las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002. p. 34

³⁵ Tapia M, Valdivia J., *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 79-89

³⁶ Llagues A., "Comentario del art. 7n° 2 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pp 57 y ss. ; Roca J., "Comentario al art. 7n° 2 del CC.", en *Comentarios a la reforma del Título Preliminar del Código Civil, I, Madrid, 1997, pp 371 y ss.* Citados por Sevia A., *Cláusulas abusivas en la contratación...*p.37

Pizarro³⁷ la fundamenta en el concepto de buena fe al derivarla de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. En efecto, parte de la base de adoptar la tesis contractualista de las mismas, lo que implica que estas pasan a ser consideradas como una oferta la cual el adherente o el consumidor le corresponde la aceptación pura y simple, para luego decir que tienen su origen en la autonomía de la voluntad entre dos partes como fuente de las obligaciones. De esta forma, se le aplica la teoría general del contrato y los principios del efecto relativo y de la buena fe, que en nuestro Código Civil tiene su fuente en los arts.1545 y 1546. Siguiendo la misma idea, Jorge Wahl³⁸ afirma que la buena fe como límite a las cláusulas abusivas es de carácter objetivo y debe apreciarse en abstracto, agregando que: “el juez deberá en definitiva juzgar si la cláusula cuestionada defrauda o no las legítimas expectativas que un hombre razonable y prudente, en la posición y circunstancias del consumidor, debió haberse formado al tiempo de contratar”. Pero eso no es todo, el juez además deberá tener en cuenta el real conocimiento de las cláusulas propuestas o en su defecto, la posibilidad de conocerlas aplicando la diligencia ordinaria de un hombre medio³⁹.

De la afirmación anterior se puede extraer que las legítimas expectativas que se ven defraudadas equivaldrían a la confianza razonable en la celebración de un contrato eficaz; y que el fraude se lleva a cabo al tiempo de contratar. Así, se puede deducir que el deber precontractual buena fe se ve quebrantado antes de la celebración del contrato. En efecto, Larenz, en relación al principio de confianza derivado de la buena fe, afirma que la reparación de daños es procedente por la violación de la confianza despertada cuando efectivamente se ha creído en ella⁴⁰ En el mismo sentido, en Europa, el preámbulo de la Directiva Comunitaria 93/13 de 5 de abril de 1993, en su considerando 16º, hace igualmente alusión al principio de buena fe como criterio básico de interpretación de las cláusulas abusivas, pero también se alude a las respectivas posiciones de negociación de las partes, lo que se traduce en un comportamiento leal en el tráfico. De esta forma se está haciendo implícitamente una relación entre el concepto de buena fe en el tráfico de bienes y servicios, con el de orden público económico, como otro de los criterios de interpretación y fundamento de las cláusulas abusivas.

Todo lo anterior pone de manifiesto que el fundamento precontractual se corresponde con los deberes de información y de confianza legítima en la celebración de un contrato válido y eficaz. Al respecto, Valpuesta sostiene que el incumplimiento de un deber concreto, como el de informar originará diversas consecuencias dependiendo del caso que se trate, debiendo de todos modos eso sí, reparar el daño causado por su falta⁴¹.

³⁷ Pizarro C., *La Protección de los consumidores en materia contractual*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1999, pp. 85-89

³⁸ Wahl S., “Los contratos de adhesión: normas de equidad en las estipulaciones y el cumplimiento”, en Baraona J. y Lagos O. (editores), *La Protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Universidad de los Andes, Santiago, 2006, p.69

³⁹ De la Maza; Op. Cit.:pág.58

⁴⁰ Larenz K. *Derecho justo, Fundamentos de ética jurídica*; Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 90 y 96.

⁴¹ Valpuesta M.: Op. Cit: pág. 251

Pasando ya al tema de la responsabilidad surgida en la introducción de cláusulas abusivas como consecuencia del perjuicio sufrido por el adherente o consumidor, ¿Es posible concebir una responsabilidad de tipo precontractual en este tipo de contratos, pero fundado en la falta de información precontractual? Díez Picazo considera que una de las causales de este tipo de responsabilidad es la celebración de un contrato nulo, cuando una parte conoce el obstáculo que trae aparejada la nulidad y no lo da a conocer, infringiéndose el deber de información y a la vez el de buena fe⁴². Extrapolando esta causal a las cláusulas abusivas contenidas en un contrato de consumo, la responsabilidad precontractual se originaría en el hecho que las cláusulas abusivas, conocidas y redactadas por los proveedores, son impuestas al consumidor. La buena fe se ve vulnerada cuando este último sabe que una determinada estipulación lo beneficia directamente a él y perjudica a los consumidores y no la da a conocer. Al respecto, Tapia y Valdivia refiriéndose al consentimiento en este tipo de contratos, sostienen que sólo asegurada la inteligibilidad y conocimiento de las condiciones generales del contrato de adhesión, el adherente puede otorgar un auténtico conocimiento⁴³. Sin embargo, en la práctica, esto no es lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos. En efecto, los resguardos formales son insuficientes ya que de igual forma existe una asimetría de la información por los altos costos que significa para el adherente analizar las condiciones generales, lo que hace que las acepte de manera irreflexiva⁴⁴.

La teoría contractualista, como naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación nos sirve como una posibilidad de construir una responsabilidad de tipo precontractual. Sin embargo, en los últimos tiempos en el derecho del consumidor ha pasado a tener preponderancia y creciente importancia el derecho y deber de informar. Este deber de información aplicado a las cláusulas abusivas y su contenido, cumple igualmente una función importante, ya que se impone al empresario o proponente, como una forma de lograr un efectivo consentimiento, el hacer ciertas menciones en relación a cláusulas esenciales que formarán parte del futuro contrato, para que de esta forma resulte realmente eficaz y vinculante⁴⁵.

Otra forma en que se pueda ver vulnerado el deber de información, en este tipo de contratos, es relacionándolo con las condiciones generales de la contratación, como antecedente de un contrato por adhesión. Así, el deber precontractual de información se infringe al anunciarse o publicitarse en forma previa ciertas condiciones generales que posteriormente no se incluyen en el contrato por adhesión particular o se establecen otras diferentes. En este sentido, también se infringen las legítimas expectativas que un hombre

⁴² Díez Picazo L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, citado por Toreros F., "Responsabilidad precontractual" (Perú), disponible en:

<http://www.monografias.com/trabajos39/responsabilidad-precontractual/responsabilidad-precontractual.shtml>

⁴³ Tapia M, Valdivia J., Op Cit: pág. 60

⁴⁴ Paz C., *La economía política como jurisprudencia nacional (aproximación a la teoría económica del derecho)*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1981, p.679, citado por Tapia M, Valdivia J., *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002

⁴⁵ Pizarro C.: Op.cit., 119.

razonable y prudente tiene en vista al tiempo de contratar, vulnerando la buena fe y las prácticas comerciales. Entre los elementos de las condiciones generales se encuentra la preformulación de un potencial contrato y la ausencia de negociación de una o más cláusulas. La preformulación se refiere a que las condiciones están expedidas con anterioridad a la adhesión de las partes con objeto de utilizarse en contratos futuros⁴⁶. Las condiciones generales pasarían a ser parte de tratativas preliminares y los contratos por adhesión: una oferta. Razzónico asocia las “condiciones negociales generales” a una oferta, considera que la posición de aceptante o adherente es similar a la de proponente y aceptante en un contrato ordinario⁴⁷. Pero, ¿A qué se refiere con condiciones negociales generales? ¿A las condiciones generales de la contratación o las contratos por adhesión? Resulta mejor, dado los términos de proponente y adherente, que alude a un contrato por adhesión.

De esta forma, aun cuando se sostenga que las cláusulas abusivas originan responsabilidad de tipo contractual, al asimilar las cláusulas unilaterales que formarán un contrato por adhesión, puede llegar a resultar vinculante para el proveedor y no será procedente una ruptura injustificada, como sería que no se respete lo anunciado y se defrauden las expectativas del adherente. Con lo dicho se relativiza la afirmación de que en este tipo de contratos por adhesión no existen negociaciones previas y que el proveedor unilateralmente impone el contenido del contrato al consumidor sin tener esta la posibilidad de negociarlo, como lo sostiene, por ejemplo, Francisca Llodrà⁴⁸. Más bien creo que hay que distinguir y decir que sólo en los casos en que en un contrato por adhesión no se tiene como antecedente un marco de condiciones generales no existe una fase previa. Otra cosa es que se pueda efectivamente negociar dentro de esta fase, lo que de todas formas no ocurrirá.

La misma autora, afirma que en los contratos por adhesión celebrados bajo condiciones generales el deber de información es muy importante y se deriva de la buena fe precontractual que debe imperar, sobre todo en este tipo de contratos en el que existe un desequilibrio considerable entre las partes. Esta información precontractual y necesaria, consiste en transmitir toda la información exigible y necesaria para que el adherente pueda formar adecuadamente su consentimiento contractual⁴⁹.

La relación entre deber de información, cláusulas abusivas, condiciones generales y contratos por adhesión constituye a mi parecer una gran innovación, y en ello ha influido de manera considerable el Congreso Internacional de Daños llevado a cabo el año 2002. Es aquí donde se exponen las nuevas y modernas tendencias en lo referente al derecho de daños, como rama ya casi definitivamente independiente del derecho. Esto es así porque los deberes precontractuales amplían su funcionalidad y pasan a tener una relevancia jurídica ya casi

⁴⁶ Razzónico J.C.; *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p.109-110 y 123.

⁴⁷ *Ibidem*. P. 306 y 307

⁴⁸ Llodrà F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 54 y siguientes.

⁴⁹ *Loc. Cit.*, págs. 278-280

indiscutible. Así, estos deberes precontractuales ya no sólo sirven para dar origen a la responsabilidad precontractual y la consecuente indemnización, sino que su infracción además cumple la función de ser la causal que declara ineficaces las cláusulas abusivas haciendo procedente la nulidad de las mismas.

No obstante la aventurada teoría antes expuesta, la naturaleza contractualista de los contratos por adhesión, como su nombre lo indica, conlleva una responsabilidad que termina siendo de igual forma contractual. Esto porque se ha dicho que las cláusulas abusivas producen su efecto en el ámbito contractual a incumplir o cumplir defectuosamente su deber de prestación, por falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales⁵⁰.

A pesar de lo anterior, creo que no hay que confundir, una cosa es la sanción surgida como consecuencia de las mismas cláusulas abusivas y que generalmente conlleva nulidad, pero otra distinta es el error sufrido en los casos en que se contrata por adhesión teniendo como referencia o antecedente previo las condiciones generales ya dadas a conocer por el predisponente proveedor o empresario. Además, hay que tener en cuenta que no porque dos personas estén ligadas por un contrato, toda responsabilidad civil que pueda surgir entre ellas tiene naturaleza contractual. Como señala Abeliuk, para que ello ocurra es necesario que el daño provenga del preciso incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones emanadas del respectivo contrato. Cualquier otro tipo de responsabilidad civil que pueda surgir entre las partes es de naturaleza extracontractual y coexistirá con la eventual responsabilidad de tipo contractual a que se diera lugar⁵¹. Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, aunque aún se discute, la mayoría de la doctrina conviene en que es de naturaleza extracontractual (aunque también existen autores que la consideran como un tipo autónomo de responsabilidad). Siendo así y considerando lo dicho por Abeliuk, no se ve motivo para que no pueda coexistir con una responsabilidad de tipo contractual, como serían las sanciones que la LPC prevé para las cláusulas abusivas, publicidad engañosa y hasta algunos casos de productos peligrosos. Con eso no se quiere deformar la esencia de la responsabilidad precontractual, pero sí poner de manifiesto que esta se funda en deberes precontractuales que, en derecho del consumo, poseen un carácter especial y que tienen incidencia no sólo en la fase de formación del consentimiento, sino que también al inicio de la ejecución de los contratos.

Si bien es cierto que toda responsabilidad, con la consecuente obligación de indemnizar se justifica en el daño como supuesto fundamental, el perjuicio producido no necesariamente se traduce en uno de carácter patrimonial, aunque la mayoría de las veces esto ocurrirá. Pero también, en varias oportunidades lo que se defrauda es la confianza legítima o expectativas en la celebración de un contrato eficaz y válido, sobre todo en el derecho del consumidor, en donde este último deposita su confianza en la experiencia y/o labor del

⁵⁰ Sevia A., Op. Cit.: pág. 213

⁵¹ Abeliuk R., *Las obligaciones*, 2ª edición, Edías editores, Santiago, 1993 p.588

profesional. Pues bien, esta confianza defraudada relacionada de igual forma con el derecho a la información, aunque no derive en un daño de carácter patrimonial o material, de igual forma debe ser sancionada por el ordenamiento jurídico. Al respecto, Pablo Rodríguez afirma que lo que se sanciona no necesariamente es el daño, aun cuando esta sea la medida de reparación, sino que es el riesgo o la facilitación de una atmósfera que facilite la consumación de un daño⁵². En este sentido, los deberes precontractuales actuarían como una prevención especial de la responsabilidad civil, aquellas conductas o situaciones que potencialmente producirán un daño⁵³.

Por último, una responsabilidad de tipo precontractual en estos casos basada en deberes precontractuales del derecho del consumidor, como sería el derecho/deber de información, complementaría la sanción impuesta en la mayor parte de las legislaciones que regulan el derecho de consumo. En efecto, a las consecuencias de invalidez o nulidad total o parcial podría además pedirse, en casos fundados, una indemnización o reparación por los eventuales perjuicios sufridos. Como afirma José Ramón García, la invalidez en los contratos de consumo trae una serie de costes para el consumidor derivados de la “incertidumbre de sus consecuencias” y agrega algo muy interesante: sobre la indemnización que puede pedir el consumidor en caso de invalidez del contrato y el alcance de los daños sería el propio de la responsabilidad precontractual⁵⁴.

c. 3 Publicidad y deber de información como un supuesto de deber precontractual.

Así también, se puede construir una responsabilidad de tipo precontractual por una publicidad engañosa y que induce a error al consumidor o usuario de bienes o servicios al darse cuenta que el producto no reúne las cualidades anunciadas en un aviso publicitario. Puede darse tanto en el caso de que el contrato no se celebre o si haya ocurrido.

Stiglitz-Stiglitz define a la publicidad engañosa como “aquella que está dada por cualquiera información o forma de presentación que pueda inducir a error al público sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio y cualquiera otra característica”⁵⁵. Hay que precisar que la publicidad trae consigo un elemento objetivo y persuasivo⁵⁶. En este último supuesto, el proveedor tiene el derecho de incitar a los consumidores a adquirir un determinado producto o servicio, se trata del aspecto subjetivo de la publicidad y que tiende a influir en la mentalidad de las personas sobre la conveniencia de contratar.

⁵² Rodríguez P., *La responsabilidad jurídica extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p.93

⁵³ Molinari A., *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2004, p.180

⁵⁴ García J.R., “La consecuencias de la invalidez en los contratos de consumo”, disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=328&format=print>

⁵⁵ Stiglitz G-Stiglitz R., *Derechos y Defensa del Consumidor*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 158

⁵⁶ Momberg R., “El rol de la publicidad en la etapa precontractual en los negocios de consumo”, en *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, p. 606

Podemos decir que la publicidad generará responsabilidad precontractual o podría llegar a generarla en dos situaciones: se trata del deber de información y la oferta. En este sentido, la Ley general sobre consumidores y usuarios de España, de fecha 19 de julio de 1994 dice, en su art. 13.1 que es información precontractual, según un sector de la doctrina, la relativa a la oferta, promoción y publicidad. Esta información debe ser veraz, eficaz y eficiente como lo disponen la mayoría de las legislaciones de protección al consumidor. Lo anterior sin perjuicio de los conceptos de publicidad e información. Ya anteriormente se había puesto de manifiesto la diferencia entre obligación de información y publicidad. Sin embargo, a pesar que esta última puede ser más amplia que la información que efectivamente obligará al proveedor en el futuro contrato, en los casos que la publicidad contenga elementos objetivos, estos igualmente son vinculantes porque de igual forma pasan a ser al fin y al cabo antecedentes el consumidor que recibe, procesa y tiene en cuenta a la hora de decidir contratar y como tal no debe ser falsa. No obstante, autores españoles como De León A., Moreno C, Aza M., a partir de la confianza negocial creada en el consumidor, hacen vinculante la publicidad para el proveedor, sin distinciones, por lo que el primero puede exigir el cumplimiento de las manifestaciones publicitarias, no sólo cuando el contrato esté celebrado, sino en momentos anteriores. Continúan afirmando que en caso contrario, cuando el consumidor vea frustrada su confianza, dicha frustración debe repararse permitiendo que se celebre el contrato con las menciones publicitarias⁵⁷.

De lo anterior se puede concluir además que cuando esta publicidad es falsa o engañosa, no se llega a contratar y esto perjudica al consumidor por los posibles gastos en que se ha incurrido, burlándose además la confianza del consumidor en el profesional o la empresa, sería legítimo demandar y solicitar indemnización por la confianza burlada, por los perjuicios materiales y morales sufridos y por verse burlada una práctica comercial de buena fe. Al contrario, en los casos en que si llegara a contratarse, la responsabilidad precontractual tendría lugar si se diera la posibilidad y se consagrara en las legislaciones, como sanción a la publicidad ilícita, la nulidad del contrato o de la parte gravosa para el consumidor, fundado en un error como vicio del consentimiento. Así la responsabilidad precontractual se fundaría en la causal de ocultación o distorsión de la información por parte de una parte a la otra, sabiendo el vicio que haría nulo el contrato.

De igual forma, la etapa precontractual cumple un rol muy importante en el contrato mismo ya que de todas formas tiene incidencia en este. Esto ocurre y se aprecia de mejor forma en los actos de consumo por medio de la publicidad y la oferta como instancias que aparecen superpuestas en muchos casos. No ocurre lo mismo en los contratos con tratativas previas y entre partes en iguales condiciones: el deber de información y la oferta aparecen claramente distinguibles. Por último, cabe precisar que, como dice Aimoine, el engaño en la

⁵⁷De León A., Moreno C, Aza M., *Derecho de consumo*, Ed. Forum, Barcelona, 1995

publicidad engañosa no sólo se produce en lo que en definitiva se dice, sino además en la información omitida que haya sido relevante y que haya debido expresarse⁵⁸.

El otro grupo de casos en que la publicidad generaría responsabilidad precontractual es en el caso de que ésta integre una oferta, la cual es hecha a los consumidores. Para que ello ocurra, la publicidad debe contener los requisitos que debe reunir la oferta para que obligue al oferente, esto es, voluntad seria, precisión y completitud como se dijo antes.

Por otro lado, no es necesario que esta oferta sea hecha a una persona determinada, en el derecho del consumidor precisamente ocurre lo contrario, los destinatarios de la misma se encuentran en número indefinido: los consumidores⁵⁹. La oferta hecha al público debe ser entendida como una situación jurídica que puede resultar vinculante para el oferente si se delimita su objeto, su precio y las demás condiciones de contratación⁶⁰.

Esta publicidad que genera responsabilidad precontractual encuentra su fundamento, como se dijo, en la buena fe, el deber de información veraz y se puede agregar además el actuar correcta y honestamente en las prácticas comerciales de las empresas. Aquí además se presenta de igual forma el fundamento de la confianza legítima o legítimas expectativas en la celebración del contrato en base a lo anunciado por los proveedores en las empresas. Stiglitz, en este punto, sostiene que, por aflicción de las reglas generales, el proveedor será responsable por los perjuicios causados al consumidor que adquiere un determinado producto influido por una falsa representación publicitaria⁶¹. Díez Picazo dice que lo anterior se encuadra en el esquema de buena fe y confianza, agregando que la publicidad traslada al contrato todo aquello que puede esperar el destinatario del mensaje publicitario⁶².

Así entonces, la publicidad, como dijimos, constituirá oferta cuando reúna los requisitos para ser considerada como tal. De ser así estaríamos jurídicamente ante una oferta. Como se sabe, tradicionalmente se considera a la oferta como un acto jurídico unilateral que, mientras no sea aceptada, por el principio de libertad contractual y autonomía de la voluntad, no obliga de manera alguna, pudiendo retractarse el oferente aunque con las excepciones contenidas en los arts 99 y 100 de nuestro Código de Comercio. Sin embargo, en el derecho del consumo, las legislaciones en derecho comparado y también en nuestro país, hacen vinculante la oferta formulada por el proveedor, la especialidad de la ley de protección del consumidor admite que sea de esta forma. De esto se deduce que el incumplimiento de lo ofrecido generará un daño indemnizable como responsabilidad precontractual si el consumidor contrata. Brebbia sostiene que progresivamente se ha ido avanzando hacia una

⁵⁸ Aimoine: Op. Cit., pág. 112

⁵⁹ Varas J. A. y Momberg R., "La oferta en Chile, un ordenamiento, tres regímenes", en A.A. V.V: *Temas de contratos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006,

⁶⁰ Farina, Op.Cit.: pág. 191

⁶¹ Stiglitz, 1994, p.139

⁶² Díez Picazo L., "Masificación y contrato", en Moset J., Díez Picazo L., Busnelli L.; Da Couto e Silva C.; *Daños*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p.19

oferta irrevocable entre proveedores y consumidores⁶³. Asimismo también lo está dando a entender nuestra jurisprudencia reciente.⁶⁴ Reafirma la idea de que incluso antes de que exista oferta y pese a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, esto no significa que los actos eventuales que pudieran existir en esta etapa previa queden exentos de toda consecuencia jurídica.

De esta forma entonces, desde el punto de vista del consumidor, la oferta hecha por el proveedor debe ser respetada y tiene que cumplirse en caso que el consumidor decida contratar. Además, debe basarse en el deber precontractual de buena fe. En este punto, considero importante rescatar la decisión del consumidor, que finalmente será la que determinará si habrá responsabilidad precontractual por parte del proveedor o si por el contrario, la entidad del perjuicio o la confianza legítima es de tal forma insignificante, que finalmente se contrata de todas maneras.

Así, el fundamento precontractual para hacer procedente la responsabilidad correspondería al perjuicio que le ocasiona al consumidor el incumplimiento de lo ofrecido, pero sólo en el caso que, no obstante la tendencia de la oferta de ser vinculante para el proveedor en el derecho del consumidor, el contrato, en definitiva, no se celebra. De esta manera, por ejemplo, en el caso que el consumidor pierda la confianza legítima o simplemente ya no desea contratar y existe un perjuicio, como gastos de traslado u otros actos de diversa ocurrencia anteriores al contrato, habrá lugar a responsabilidad precontractual. Así, ya no sería la revocación de la oferta la causante del daño, sino que este se deriva de la oferta pero enlazado al hecho de una pérdida de confianza o la insatisfacción de la observancia de buena fe que experimenta el consumidor. Por ejemplo, en caso de que la compra se haga a plazo, o se contrate un servicio de tracto sucesivo, lo cual implica un contacto permanente entre las partes o cuando se trate de productos o bienes que no reúnen las cualidades o características que el consumidor había estimado por medio de la publicidad cuando esta integra una oferta.

El proveedor debe respetar lo ofrecido y como oferta que forma parte de la publicidad y esta en sentido genérico como información, debe ser ciertas, reales ciertas y no ilusoria ni mucho menos engañosa. Incluso las condiciones objetivas de la publicidad, además de ser veraz, pasan a formar parte del contenido del contrato. Así lo dispone el art. 1 n° 4 de la LPC, luego de su reforma del año 2004 por la ley 19.955. Además, por el deber de información al que están sujetos los proveedores, aun cuando la publicidad no integre una oferta, de igual forma debe cumplir con las condiciones que exige el art. 28 y ss de la ley⁶⁵. Por su parte, el art

⁶³ Brebbia R., *Responsabilidad precontractual*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, p.73, citado por Segura F., "Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación", en A.A. V.V: *Temas de contratos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p.39

⁶⁴ Al respecto la multitienda Paris, ante la denuncia de la afectada, es obligada a respetar el precio de un producto, la sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 25 de julio de 2007.

⁶⁵ Momberg R., "El rol de la publicidad en la etapa precontractual en los negocios de consumo", en *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, p. 606

12 dice que “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. Esta última norma estaría referida a la formulación de una oferta. Constituye una obligación para el proveedor.

De lo anterior se puede decir que la oferta resulta vinculante para el proveedor desde el momento en que se formula, rompiendo de este modo con la concepción tradicional de la revocabilidad de la oferta, nuevamente con la prevención de que es el consumidor el que hará en definitiva vinculante u obligatoria para el proveedor la oferta formulada al decidir si contrata o no, atendida la gravedad del perjuicio.

En nuestro país, la Ley General de Urbanismo y Construcción en el art. 18 inc. 5º establece que las “condiciones establecidas en la publicidad, se entenderán incorporadas al contrato de compraventa”. Aquí a diferencia de lo establecido en la LPC, no se hace referencia solamente a las condiciones objetivas de la publicidad sino que a la publicidad toda, por lo que el proveedor o vendedor en este caso debe respetar lo publicitado puesto que sus términos se incorporan al contrato respectivo.

A raíz de lo anterior, Segura sostiene, en relación a la publicidad en los contratos solemnes, que pese a que estos no han sido suscritos y de no existir un contrato de promesa, cabe la responsabilidad precontractual. En materia habitacional, sostiene que es común que aparezcan divergencias entre lo ofrecido o vendido y lo que en definitiva, aparece en el respectivo contrato⁶⁶.

En consecuencia, si lo formulado por el proveedor en una publicidad que la contenga, no es respetada, se infringirá una de las obligaciones del proveedor, pero además, perfectamente puede equivaler a un supuesto de retractación intempestiva o de ruptura injustificada no de las negociaciones pero si de la oferta. Así, lo indemnizable por retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual, son la confianza razonable en la celebración del contrato, los gastos incurridos en esa confianza legítima. Juan Farina sostiene que la publicidad es un “esquema contractual propuesto” y que viene a reemplazar a las tratativas preliminares, logra la credibilidad del público consumidor y crea una expectativa razonable. Todo lo anterior no sería procedente si, como sostiene De los Mozos⁶⁷, la responsabilidad precontractual no supone una obligación de contraer, por el contrario, tal obligación la excluye, porque en este caso el obligado sería responsable por incumplimiento, lo cual es propio de la responsabilidad contractual. No obstante lo anterior, como mencionamos en el capítulo primero, de igual forma el hecho que no exista contrato no necesariamente supone que no exista obligación, ya que existen los deberes precontractuales,

⁶⁶ Segura F., “Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación”, en AAVV., *Temas de contratos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p.32

⁶⁷ De los Mozos J. L., *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, p.92

los cuales para Siber⁶⁸ y otros autores, conllevan responsabilidad precontractual cuando se infringen y, además, que esta responsabilidad existirá ya sea cuando posteriormente se celebre un contrato válido o esto no ocurra.

d) Análisis de la ley 19.496 que establece normas de protección para los derechos de los consumidores.

Nuestra normativa chilena de protección al consumidor la constituye principalmente la ley 19.496 cuya última modificación data del 14 de julio de 2004, con la ley 19.955.

En dicha ley se consagran las instituciones más importantes que regulan la relación entre proveedores y consumidores. Es además un reflejo de la evolución que ha experimentado esta incipiente rama del derecho al otorgársele al consumidor nuevos derechos y mecanismos para su defensa. Se entrega a un órgano administrativo: SERNAC (Servicio Nacional de los consumidores) la facultad de velar para que la normativa no sea infringida, además de ejercer en muchos casos los derechos del consumidor ante los órganos judiciales competentes. Entre las modificaciones que incorpora la ley 19.955 se encuentra la ampliación de su ámbito de aplicación a todos los actos de consumo y con carácter supletorio de las normas especiales sobre la materia, el establecimiento de una cláusula abusiva de carácter general fundamentada en el deber de buena fe, nuevas atribuciones al SERNAC, aumento de las multas por publicidad engañosa, facilidades para constituir Asociaciones de Consumidores, mejoras en lo referente al derecho de información y publicidad, entre otras.

Revisaremos en forma breve los derechos del consumidor, la información y publicidad, y algunos artículos de relevancia, todo enfocado hacia la fase precontractual.

En primer lugar, la ley regula en el título II, párrafo 1º los derechos del consumidor y en el párrafo 3º, las obligaciones del proveedor. Entre los primeros cabe mencionar los siguientes:

- La libre elección del bien o servicio. Con la modificación se incorporó que el silencio no constituye aceptación
- El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, las condiciones de contratación y otras características relevantes así como también el deber de informarse responsablemente de ellos
- La no discriminación arbitraria por parte de los proveedores.
- El derecho a la reparación o indemnización por todos los daños materiales y morales sufridos como consecuencia de un acto de consumo.
- y la educación para un consumo responsable.

Por otro lado, encontramos también las obligaciones de proveedor, entre a las cuales resulta muy relevante el art. 12: el cual prescribe que todo proveedor de bienes y servicios

⁶⁸ Leonhard, *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlín, 1910; y Siber, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T.2, 4ª edición, Berlín, 1914 citados por Zuloaga M., *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed, Lexis Nexis, Santiago, 2006 pp 42-43.

está obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor. Además se incorporó con la nueva ley una información de tipo especial en lo referente a los contratos electrónicos, consistente en que se debe otorgar una información previa de tal manera que el consumidor tenga un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato propuesto para que se entienda formado el consentimiento. El art. 13 establece que los proveedores no podrán negar injustificadamente los productos o servicios pertenecientes al giro de su empresa.

En lo referente a la venta de productos usados o con alguna deficiencia, el proveedor deberá informar previamente y de forma expresa lo anterior.

El párrafo 4º se refiere a “las normas de equidad en las estipulaciones y en los contratos de adhesión”, de las cuales conviene mencionar que entre las reformas introducidas, la sanción por las cláusulas abusivas puede ser, además de la nulidad total del contrato, la nulidad parcial del mismo. También se establecieron nuevas exigencias formales, redacción, lenguaje y tipo de letra para de esta forma el consumidor tenga una clara idea de las cláusulas que formarán parte del respectivo contrato de adhesión. Una importante reforma dice relación con la incorporación de la letra g) en el art. 16, como un tipo general de cláusula general: las que contravengan la buena fe, en su sentido objetivo y que cause un perjuicio y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derive del contrato.

Por último, en cuanto a la información y publicidad, se establece, en el art. 28 que se comete infracción a la LPC el que con mala fe induce a error al consumidor mediante un aviso publicitario, enumerándose los casos en que debe otorgarse información veraz y clara, en los artículos siguientes se desarrollan los distintos ámbitos en que opera la información del proveedor al consumidor, como por ejemplo en el art. 30, obligación de exhibir el precio del bien. Además, importante es que además de establecerse los requisitos que debe contener la publicidad en los arts. 28 y siguientes, el art. 4, luego de definir la publicidad dispone que las condiciones objetivas de esta se entenderán incorporadas al contrato hasta el momento de su celebración. Así, con la reforma, al hacer referencia a las condiciones objetivas, se establece implícitamente lo que ya antes se había dicho por la doctrina del consumo, en cuanto a que la publicidad se diferencia de la información en el componente objetivo y subjetivo de la primera, entre otras diferencias.

Una conclusión preliminar es que nuestra LPC, no se queda atrás en lo que se refiere a los nuevos derechos, garantías y mecanismos de defensa establecidas a favor de los consumidores. Los derechos del consumidor se complementan con las obligaciones del proveedor.

Respecto de las cláusulas abusivas, el concepto de buena fe se utiliza legalmente como control de contenido de las cláusulas abusivas. No obstante, en relación a esta buena fe objetiva, aunque la ley alude al desequilibrio que pueda producirse derivado del incumplimiento contractual, es en la fase previa al contrato donde de igual forma opera, al

vincularse a la confianza legítima de los consumidores en el proveedor predisponerte y al deber de información y lealtad en las prácticas comerciales, como principios del derecho del consumidor.

Por otro lado, nuestra normativa confirma lo que se había dicho antes en orden a que la oferta pública entre proveedores resulta vinculante para los mismos, al igual que las condiciones objetivas de la publicidad como un tipo genérico de información precontractual. Lo anterior nos da pie a pensar en que no es posible desvincularse o desdecirse (retractarse) de la oferta formulada y que pueda ser integrada en la publicidad, sin defraudar el deber precontractual de información, la confianza legítima de los consumidores, y la buenas prácticas comerciales. Esto no sólo abarca los supuestos de publicidad, sino que cualquier caso en que se infrinja el deber de información y los deberes precontractuales (información obligatoria y complementaria sobre ciertos productos y los contratos por adhesión) así, como la no discriminación arbitraria en el consumo.

La responsabilidad civil en nuestra ley de protección al consumidor no excluiría, en mi opinión, que pudieran aplicarse los fundamentos de la etapa precontractual así como en los negocios jurídicos puramente civiles. Sin embargo hay que tener siempre en cuenta que en el derecho del consumo el *íter* contractual es distinto por la aparente ausencia de negociaciones previas.

En nuestra ley, se consagran de igual forma, así como en la legislación argentina, derechos del consumidor y deberes para el proveedor que terminan actuando, no sólo como normas legales que deben ser cumplidas, sino que como principios que deben guiar la conducta de los proveedores antes de la celebración del contrato de consumo. En relación al cúmulo de responsabilidades en y a la cobertura indemnizatoria en nuestra LPC, Pedro Zelaya dice conviene sostener que esta es amplia, y por lo tanto perfectamente podría extenderse a los daños causados a “intereses no tutelados directa e inmediatamente del contrato”⁶⁹

Capítulo III: “El derecho y deber de información y su importancia para el derecho del consumo”

a) Aspectos que abarca el deber de información en sentido amplio.

Así como el principio de buena fe rige plenamente en la fase previa a la celebración de los contratos celebrados entre “partes iguales” y fuera del ámbito del derecho del consumo, con mayor razón en éste último tiene plena aplicación como ya hemos visto. La razón de este mayor énfasis del principio aludido es que el interés social y jurídico es mayor al haberse establecido que los consumidores como grupo, deben ser objeto de protección o resguardo especial.

⁶⁹ Zelaya P., “El cúmulo u opción de responsabilidad en la nueva ley de protección al consumidor”, en Corral H (editor), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la ley 19496 y las principales tendencias extranjeras*, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, p.242

Esta buena fe, en la fase anterior al contrato significa que las partes, en el acercamiento negocial deben actuar de manera correcta y procurando la cooperación para que las negociaciones lleguen a buen término, aunque esto no signifique la celebración del contrato celebrado. Todo se justifica y fundamenta en el respeto de estos deberes precontractuales. Entre estos, derivado del principio de buena fe, se encuentra el de colaboración entre las partes, y dentro de este, el deber y derecho de información.

El derecho de información de los consumidores se traduce, al mismo tiempo, en un deber u obligación de carácter legal para los proveedores. El contenido de esta información en las legislaciones comparadas presenta algunas diferencias, pero básicamente consiste en entregar los antecedentes necesarios acerca del producto o servicio que se ofrece para que, de este modo, el consumidor decida en forma libre si le conviene o no contratar. Hay autores⁷⁰ que relacionan este deber de información, en lo atinente al derecho del consumidor, con el deber más general y constitucional de ser informado, (aunque también es un derecho para el proveedor en cuanto a que también consiste en un derecho de informar sin censura previa), consagrado en el art. 19 n° 12 de nuestra Constitución Política de la República (CPR). Este artículo sería una aplicación concreta de esta garantía constitucional en una rama del derecho tan particular como lo es la normativa de protección al consumidor.

Como se dijo, el deber de información, al mismo tiempo para los consumidores implica, además del derecho a ser informado, a tener la libertad para poder decidir la conveniencia de contratar un bien o servicio en particular. En este sentido tiene aplicación además, el art. 23 CPR, como garantía constitucional, el cual consagra la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes.

La libertad de adquisición de bienes y el derecho de información que aparecen consagrados en forma general en la CPR, aparecen también recogidos en la ley 19.496 en el art. 3 letras a) y b) en el párrafo primero relativo a los “derechos y deberes del consumidor”. Por otro lado, dentro de las Directrices de Protección del Consumidor del Consejo Económico y Social de la ONU, se consagra como principio el derecho de los consumidores a una información adecuada que haga posible la libertad de cada uno de elegir de acuerdo a sus necesidades y deseos.

Como vimos en el capítulo anterior, el deber de información en el derecho del consumo juega un papel muy importante. Esto se aprecia en cada una de las instituciones: publicidad, contratos por adhesión y cláusulas abusivas, en lo relativo al deber de seguridad de los proveedores y por último, la información misma que se pone a disposición de los consumidores, los cuales pueden o no formar parte de la publicidad.

La finalidad de informar es en el ámbito precontractual, evitar errores en la contraparte para de este modo conocer las reglas a las cuales se verá envuelto al otorgar su consentimiento libre de vicios. Además se le reconoce fuente moral, esto con el deber del

⁷⁰ Sandoval R., *Derecho del consumidor*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p 23

mismo tipo que comúnmente se le asigna⁷¹. Sin embargo, en el derecho del consumidor, esta información es un deber legal para el proveedor y un derecho para el consumidor. De ahí su doble importancia: como principio derivado de la buena fe, y como una obligación legal para los proveedores. La razón de lo anterior es la desigualdad entre consumidores y proveedores en cuanto a la imposibilidad de conocer las características del bien o servicio. Siendo así, su infracción, en materia de derecho de consumo no debería quedar sólo reducida a multas o sanciones como la nulidad, sino que además, hace falta una reparación por la confianza perdida y las expectativas burladas, sobre todo en los contratos solemnes, en los que además se invierte tiempo y existen gastos secundarios. Roberto López estima que el incumplimiento del derecho/deber de informar consagrado en el art. 4º de la ley 24.240 argentina de Defensa del Consumidor, entra en el área de la responsabilidad precontractual⁷². Estas palabras pueden servir para construir, a mi parecer, supuestos específicos de esta responsabilidad a partir del deber de informar. En Argentina, la información en el derecho del consumo es uno de los conceptos básicos. La misma Constitución argentina en su art. 42, consagra como garantía explícita el deber de informar al consumidor: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho en la relación de consumo...a una información adecuada y veraz”. Como se ve, este derecho pasa a ser un principio de vital importancia. En el mismo sentido, el art. 51 de la Constitución española consagra, como principio rector de las políticas públicas, la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, entre los que se menciona la información y la educación.

Pese a todo lo anterior, creo que hay que distinguir, si bien la información que se debe entregar es una sola, se diferencia las etapas en que actúa. Así, según Alicia de León⁷³, la información, al igual que los tipos de responsabilidad, puede ser de tipo precontractual y contractual. La primera se puede subdividir a su vez, en:

- aquellas que se refieren a la prestación del objeto del contrato
- las que se refieren a las condiciones jurídicas de adquisición del producto.

Por otro lado, la información contractual busca la satisfactoria ejecución o resultado del contrato.

No obstante la distinción anterior, se ha dicho que la obligación de información, en los contratos de consumo, debe ser vista desde una perspectiva más amplia. A mi entender, más amplia, como causal de responsabilidad precontractual, que el sólo supuesto de incumplirse en las tratativas previas. Además, se reconoce que la responsabilidad precontractual puede tener aplicación en casos en que no existen estas tratativas previas⁷⁴, así como ocurriría en el

⁷¹ Andorno L., “El deber de información en la contratación moderna” en Kemelmajer de Carlucci., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p.957, citado por López R., *Contratos especiales en el siglo XXI*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p.315

⁷² Ibidem, pág. 316

⁷³ De León A., Moreno C, Aza M., *Derecho de consumo*, Ed. Forum, Barcelona, 1995, p.117

⁷⁴ Colombo D. “Responsabilidad precontractual y derecho de la información”, *Derecho y Empresa*, Universidad Austral, Año 2000, N° 9, pág. 108; Venini, J.C. “Responsabilidad precontractual. Deberes de información (publicidad y propaganda)”, E.D. 172, pág. 817 y sgtes, citados por Ariza A.; “Consecuencias del incumplimiento

caso de publicidad engañosa o, en la jurisprudencia alemana, supuestos de accidentes en establecimientos comerciales sufridos por el consumidor fundados en la *culpa in contrahendo*⁷⁵.

Siguiendo el esquema anterior, la información relativa a la utilización y advertencias de un producto o servicio, se encontraría necesariamente en una información de tipo contractual, puesto que esta información se relaciona con el principio y deber de garantía. Siendo así, parece complicado que, siendo igualmente información obligatoria, se pueda fundar una responsabilidad precontractual.

Por otra parte, en las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión en relación con las condiciones generales anunciadas, el deber de información se ve conculcado en dos supuestos: en primer lugar, cuando se dan a conocer por medios masivos o mediante publicidad, ciertas condiciones generales que el consumidor estima como favorables y convenientes. Luego, en el contrato por adhesión respectivo, se omiten cláusulas o información relevante que el consumidor tuvo en cuenta en las condiciones generales. Sería un caso semejante o lo que ocurre en los casos de publicidad engañosa. El otro caso es el supuesto típico, se incorporan cláusulas gravosas para el adherente las cuales no tuvo oportunidad de leer o la ubicación, tamaño o redacción de las mismas hacen difícil su comprensión. Aquí, no obstante la nulidad parcial, ¿cabe indemnización de perjuicios basada en el daño a la confianza y al hecho de tener que seguir ligado con determinado proveedor o empresario al subsistir las demás cláusulas?

No obstante que en los dos supuestos anteriores se ve vulnerada la información precontractual al referirse a las condiciones jurídicas del futuro contrato, es sólo en el primer caso en que resulta verosímil que pueda originarse responsabilidad precontractual para el consumidor. Esto porque las condiciones generales y la posterior presentación del formulario que constituirá el contrato de adhesión, se asemejarían a los pasos preparatorios que dan origen a las tratativas preliminares. En el segundo supuesto faltaría la relevancia del daño, la confianza que en ese supuesto se ve aminorada se compensa con la subsistencia del vínculo contractual y la supresión de las cláusulas abusivas. Además, el contrato existe, no se anula totalmente, no hay efecto retroactivo, por lo tanto, se trataría de un supuesto de responsabilidad contractual.

En la ley argentina se reconoce como sanción a los deberes precontractuales de información y buena fe en las cláusulas abusivas, en forma similar a nuestra LPC, la nulidad total del contrato o una de sus cláusulas. Así, el art. 37 dispone en el inciso tercero: “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la

de la obligación de información en el contrato de consumo”, disponible en http://www.aaba.org.ar/bi20op76.htm#_ftn8

⁷⁵ Zuloaga M, *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 74

competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”. Lo interesante es que se menciona a los deberes de buena fe e información como precontractuales, sin embargo, la responsabilidad es contractual y la sanción es la nulidad. Pero en mi opinión, en caso que el contrato se anule totalmente, se darían los supuestos de la *culpa in contrahendo* fundada en un error o vicio en el consentimiento del consumidor. En lo referente a la nulidad de un contrato, en España, se consagra un supuesto de responsabilidad precontractual. El Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975, establece la obligación de indemnizar por los actos previos que originan la anulación de un contrato. Esta anulación se produce por actos culpables del que ocasiona la nulidad. Es un ejemplo de que en derecho público pueda existir esta responsabilidad en los supuestos anulables.

Finalmente, la oferta que pueda integrar la publicidad falsa o engañosa, siendo vinculante u obligatoria para el proveedor, no puede transgredirse sin que ello suponga un supuesto asimilable a un retiro injustificado y arbitrario de la oferta. Sin embargo, en estos casos, el proveedor está obligado a cumplir con el contenido de lo anunciado en su oferta, en caso de celebrarse el contrato. Por el contrario, cuando esto último no ocurra, se dará un supuesto de responsabilidad que estará fundada en la infracción de los deberes precontractuales, tomando en cuenta que existe un grado de aproximación mayor entre las partes puesto que ya se había formulado una oferta. El fundamento mediato, siguiendo a Zuloaga, sería la buena fe precontractual y el inmediato, la culpa o dolo, según sea el caso⁷⁶.

Cuando el contrato ya se ha celebrado, no procederá esta responsabilidad ya que existe acuerdo de voluntades y un consentimiento formado. La salvedad es que el error sufrido por el consumidor sea de tal relevancia que el contrato sea anulado. De ser así se configuraría la segunda causal de responsabilidad precontractual, ya dada a conocer por Ihering y por Díez Picazo: se celebra un contrato nulo (en este caso anulable), una parte actúa con dolo al infringir el deber de buena fe y el deber de información (cooperación), se induce a error y se vicia el consentimiento de la otra parte.

Por último, la información que acompaña una publicidad o una oferta, y que va más allá de la información básica comercial a la que alude nuestro art. 1 n°3 de la LPC y de las condiciones que se consideran objetivas de la publicidad establecidas en el art. 28, pasa a ser facultativa para el proveedor, aunque no obligue, en caso de entregarse debe cumplir con el requisito de veracidad que impone la buena fe precontractual a través del principio de cooperación. Esto último, actualmente ha ido dando paso a una idea que consiste en que la oferta de contrato y la invitación que constituye la publicidad se desvanezca, de tal forma que tanto al oferta de contrato al público como la publicidad informativa, sean vinculantes para el proveedor.

⁷⁶ *Ibidem.*, pág. 203

Siguiendo la idea anterior se ha dicho que en supuestos de publicidad engañosa, si se produce un vicio en el consentimiento por error que haga que el negocio se invalide y se anule, se puede además por indemnización por los perjuicios ocasionados con la nulidad basando en la *culpa in contrahendo* pidiendo además reparación por el interés negativo o de confianza en la formación del contrato, fracasada por la información falsa.⁷⁷ Nuevamente esta teoría de responsabilidad precontractual sirve para fundamentarla en los contratos de consumo. Lo mismo puede ocurrir en los casos de anulación total del contrato por cláusulas abusivas. Aparece así el concepto de “consentimiento informado” utilizado en las ciencias médicas pero aplicado al derecho del consumo⁷⁸.

b) La información en la ley 19.496 de Protección de los derechos de los consumidores.

Nuestra LPC recoge en forma general y como derecho del consumidor, la información de los bienes y servicios en el art. 3º letra b). En él se dice que es un derecho del consumidor el tener acceso a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”

Esta norma establece el derecho, pero también es un deber para los consumidores el informarse sobre los productos, en la medida que sea posible. Pero es un deber que tiene especial énfasis para el proveedor, en cumplimiento del principio de buena fe, todo para que el consumidor pueda hacer uso de su libertad de elección entre los distintos bienes u opciones⁷⁹.

La infracción a la información legal obligatoria por parte del proveedor en derecho del consumo, origina la responsabilidad y la sanción que se prevé para cada caso en concreto. Así, el incumplimiento de las normas de nuestra ley 19.496, da lugar al procedimiento tendiente a obtener la anulación de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, terminar con los actos que afectan el ejercicio de los derechos de los consumidores y obtener indemnización o reparación cuando corresponda⁸⁰. En el caso de publicidad engañosa, la sanción será la multa, la que puede llegar a la suma de 750 UTM y en caso de reincidencia, al doble y la publicidad correctiva, si el juez lo decretare. Para las cláusulas abusivas se establece la sanción de la nulidad parcial del contrato o la nulidad total si por la naturaleza del contrato o la intención original de los contratantes este no pudiera subsistir sin las cláusulas anuladas. La responsabilidad surgida en caso de los productos inidóneos, defectuosos y peligrosos varía en uno y otro caso. En el caso

⁷⁷ Rengifo E., “El deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación” pp. 7 y 8, disponible en www.garridorengifo.com/documentos/deber_informacion.pdf

⁷⁸ Loc. Cit., pág. 9

⁷⁹ Fernández F., *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Ed. Lexis Nexis. Santiago, 2003. p. 16

⁸⁰ Sandoval R., *Derecho del consumidor*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 156

de los productos inidóneos existe un incumplimiento de la garantía legal y se encuentra ligado al art. 20 de la LPC. Dentro de este supuesto existe el incumplimiento de las especificaciones del producto o información, sean las exigidas normativamente, las mencionadas en el rotulado o las convenidas. La otra responsabilidad por incumplimiento es el ilícito infraccional del art. 23, la que opera en caso de productos defectuosos en relación con el art. 14, el cual alude al deber de información por parte del proveedor al consumidor en acaso que se vendan productos con deficiencias, usados o refaccionados o con partes o piezas usadas.

En la responsabilidad por los productos elaborados (peligrosos, inidóneos y defectuosos), lo que se infringe es la seguridad en el consumo, los productos poseen deficiencias que causan daño al consumidor. Dicho daño tiene que verificarse, según el art. 23 inc 3º, en la venta de un bien. Para Hernán Corral la existencia de un contrato de venta es un presupuesto del tipo, pero en ningún caso transforma la responsabilidad civil en contractual⁸¹. Aunque se discute la naturaleza jurídica de este ilícito infraccional en contractual o extracontractual, lo cierto es que encuentra su fundamento en el daño sufrido por el consumidor que se deriva del deber de seguridad en la venta de productos. Por último, en los productos peligrosos el deber de información para el proveedor se manifiesta en su obligación de entregar en forma previa a su venta, los instructivos o advertencias para que se tomen en su uso las precauciones indicadas.

En general, la seguridad en el consumo como derecho del consumidor igualmente se relaciona con el deber de informar que recae sobre el proveedor. Esta se refiere a la información que se pueda entregar del producto mismo, teniendo especial importancia el art 28 b), c) y f) y el art. 45 de la LPC. Todos estos preceptos aluden al deber de incorporar las indicaciones, instructivos o antecedentes que den cuenta de las características del bien o servicio, su idoneidad, y su inocuidad.

Finalmente, se ha sostenido que la obligación de información y garantía puede extraerse más correctamente del art. 1546 de nuestro Código Civil, en el cual se consagran obligaciones implícitas entre los contratantes: “las partes no sólo se obligan a lo que el contrato dice, sino a lo que emana de su naturaleza”. Así si se niega información valiosa o se impide un conocimiento eficaz de la mercadería se está actuando de mala fe⁸². Esto confirma la derivación del deber de información al de cooperación y este último a la buena fe. Sin embargo, la información y garantía a la que se alude acá es de naturaleza contractual, por darlo a entender así el art. 1546.

Como se puede apreciar, la información es muy importante y abarca además las operaciones en que se concede crédito al consumidor. A este respecto, de especial importancia

⁸¹ Corral H., “Ley de Protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos” en Corral H (editor), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Estudios sobre la ley 19496 y las principales tendencias extranjeras*, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, p.103

⁸² Pizarro C., *La protección de los consumidores en materia contractual*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1999, p. 114

es el art. 37 el cual establece una serie de menciones que el proveedor debe poner a disposición del consumidor.

c) La información en los contratos electrónicos.

La regulación de los contratos por medios electrónicos se llevó a cabo en gran parte por la nueva ley 19.555 que modifica la ley 19.496. Sin embargo se omitieron menciones obligatorias como exigir legalmente la identidad del proveedor y su dirección geográfica. Esto trae la dificultad para el consumidor electrónico de no saber a ciencia cierta la identidad real del oferente o anunciante, su constitución o no como empresa y la instancia a la cual hacer efectiva algún tipo de responsabilidad⁸³. Aquí, para estimar que una publicidad o mensaje electrónico constituye una oferta debe reunir los requisitos de la misma: voluntad seria, completitud y precisión. Existiendo esta oferta y habiendo aceptación por parte del destinatario consumidor se formaría el consentimiento y jurídicamente existiría un contrato. La importancia de la formación del consentimiento radica en la delimitación de lo precontractual y lo contractual, así Stiglitz-Stiglitz señala que mientras la propuesta no sea aceptada, subsiste la etapa de tratativas preliminares⁸⁴. Sin embargo, el art. 12 A de la ley altera lo anterior en cuanto dispone que, para que se entienda formado el consentimiento, el consumidor, previamente debe haber tenido un “acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos” Se agrega, además que una vez formado el consentimiento, el proveedor deberá enviar confirmación del contrato. Así entonces, desde ya se aprecia que la información precontractual es muy relevante en esta forma de contratar a distancia, siendo un requisito esencial, establecido por la LPC para entender formado el consentimiento. El art. 28 B inc 1º complementa la información que debe ponerse a disposición del consumidor en los contratos electrónicos en cuanto sea parte de la publicidad. Esta debe indicar la materia objeto del contrato, la identidad del remitente una dirección habilitada para poder solicitar la suspensión de los envíos. Además, el art. 32 inc 2º establece una información de tipo contractual, según la distinción hecha por Alicia de León⁸⁵ entre información precontractual y contractual. Dicho artículo dispone que una vez aceptada una oferta, el proveedor deberá informar los pasos a seguir para formalizar el contrato, su disponibilidad o no al consumidor, su dirección o correo electrónico y la posibilidad del consumidor de corregir errores en el envío de sus datos.

Con lo anterior queda de manifiesto que nuestra ley establece el deber de informar en forma obligatoria para el proveedor y que esta puede ser de tipo contractual o precontractual.

⁸³ Butkovich K y Rodas C., *Protección del consumidor en el comercio electrónico vía Internet, en Chile como en Derecho comparado, en especial en las Directivas Comunitarias Europeas y en la legislación española*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (disponible en formato PDF e impreso), Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004, p.47

⁸⁴ Stiglitz G-Stiglitz R., *Derechos y Defensa del Consumidor*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 17

⁸⁵ De León A., Moreno C, Aza M, Op. Cit., pág. 117

La responsabilidad precontractual en el derecho del consumidor fundada principalmente en la infracción del deber precontractual de información es posible sólo en algunos casos según expondré en las conclusiones. Mientras tanto hay que tener presente que en las relaciones contractuales por medios electrónicos se da una fase previa mucho más notoria en lo que es el derecho del consumo. Esto es así porque antes de entenderse formado el consentimiento se deben reunir los requisitos, entre otros, de un acceso claro e inequívoco de las condiciones de contratación. Supone que lo precontractual estará formado por la información y/o publicidad entregada, así como consultas y respuestas previas vía *email*, en muchos casos. Así, es más notoria la existencia de tratativas previas. Aun en una relación de consumo entre proveedores y consumidores fuera del medio electrónico, por tratarse de una contratación masiva, la etapa de tratativas es reemplazada por la publicidad negocial⁸⁶.

Nuestra ley 19.496 apoya la responsabilidad civil en diversos artículos que establecen incluso como derecho para el consumidor, la reparación o indemnización por los daños causados. En efecto, el párrafo primero, bajo el título: “Derechos y deberes del consumidor”, se establece, en el art. 3º letra e), en forma concreta el derecho a la reparación e indemnización de todos los daños morales y materiales sufridos en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Aunque la redacción a mi juicio, parece un tanto restringida al ámbito contractual, debe ser complementada con una norma más general. Así, el art. 50, bajo el título “normas generales”, establece que las acciones que se deriven de esta ley se ejercen frente a los actos o conductas que atenten contra cualquiera de los derechos de los consumidores. En este sentido, abarcarían los deberes precontractuales establecidos como derechos para el consumidor (regulados en el párrafo primero y tercero de la ley, las prácticas comerciales y los principios del derecho del consumo). Complementando lo anterior se agrega, en el inciso siguiente, que el incumplimiento de las normas de la presente ley dará lugar a las sanciones tendientes a sancionar al proveedor infractor.

De esta forma, la indemnización aparece como un derecho para el proveedor es consecuencia del incumplimiento de las normas de la presente ley, muchas de las cuales actúan como principios orientadores (como sería el caso de la buena fe, como principio general de interpretación de una cláusula abusiva) en la fase previa a la formación del contrato, es decir, en la fase precontractual.

Con este capítulo se quiso dar a entender que la información como deber puede ser de tipo contractual o precontractual. Además, los deberes precontractuales no necesariamente generan responsabilidad precontractual, sino que tienen influencia en la ejecución del contrato y podría derivar en sanciones que “absorben” o arrastran el deber de información infringido. Sin embargo, según los enfoques que se han dado actualmente y la importancia y ampliación del

⁸⁶ Vallespinos C., “Responsabilidad por daños a los intereses económicos del consumidor”, en *La Responsabilidad*, Homenaje a Isidoro Goldemberg, Alterini y López Cabana (Directores), Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 493, citado por Zuloaga I., *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 148

deber de informar en el derecho del consumo, se estima que cuando la información no entregada o falseada incide en el consentimiento del consumidor, se está ante un supuesto de *culpa in contrahendo*, indemnizable según las reglas de la responsabilidad precontractual. No obstante, los supuestos de responsabilidad precontractual no tienen por qué a mi juicio encasillarse sólo a la infracción de deberes precontractuales, existen enfoques distintos que variarán según el caso de que se trate. Aun más, modernamente se ha establecido incluso que en los contratos reales y solemnes, al no entenderse formado el consentimiento sin antes haberse efectuado la entrega de la cosa o el cumplimiento de la solemnidad (excluyendo en esta última hipótesis al precontrato), en el intertanto entre lo acordado y lo que falta para entenderse formado el consentimiento, las partes pueden incurrir en conductas o prácticas que causen daño a la otra. Pues bien, en estos supuestos no obstante haber habido en un minuto acuerdo de voluntades, es posible que se genere responsabilidad precontractual, por ejemplo, si una parte se niega a suscribir la solemnidad correspondiente⁸⁷.

Conclusiones

Ya es manifiesta la importancia del nuevo “derecho de daños” y con ella, la justificación de reparar daños que en tiempos pasados eran casi impensables. Ejemplo de ello es la posibilidad de concebir responsabilidad precontractual cuando no existen negociaciones previas en los casos subsumibles dentro del derecho del consumidor. De esta forma, nos encontramos con que la responsabilidad precontractual tiene igualmente aplicación en el derecho del consumo. Existen muchos enfoques o perspectivas desde las cuales se pueden encuadrar los supuestos de responsabilidad precontractual. La que se encuadra de mejor forma en el derecho del consumidor, es la que se centra en la defraudación de la confianza legítima del consumidor en contratar, con lo cual se infringe la buena fe y los deberes y principios precontractuales propios del derecho del consumo.

Además del principio de buena fe, aparece el deber de información precontractual como derivado del deber de cooperación. Ambos están consagrados en nuestra ley de protección de los derechos de los consumidores. El primero como fórmula general de cláusula abusiva (sin perjuicio de su doble importancia como principio en las relaciones de consumo) y el segundo como deber legal para los proveedores y que se manifiesta en diversas disposiciones. Así tiene plena aplicación en lo referente a la publicidad, las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión, la información propia de los productos peligrosos, defectuosos e inidóneos y en las operaciones a crédito.

Existe una información de tipo contractual y precontractual. Sólo la infracción de esta última origina responsabilidad precontractual.

⁸⁷ Zuloaga I., Op. Cit., pág. 288

La relación existente con los vicios del consentimiento se refiere a una superposición con casos de responsabilidad precontractual. Esto sería así especialmente en los casos en que se produce la anulación del contrato cuando el error es producto de la falta de información precontractual o cuando es entregada erróneamente estando el proveedor de mala fe.

En el caso de los productos peligrosos, existirá responsabilidad precontractual cuando el proveedor no de a conocer en la venta, (o previo a la venta), el potencial peligro que el producto lleve consigo, lo mismo ocurrirá si se trata de productos defectuosos. Tratándose de los productos inidóneos, contemplados en nuestra ley de protección de los derechos de los consumidores en el art 20, se da un supuesto de responsabilidad precontractual cuando el consumidor ejercite la tercera opción, es decir, solicite la devolución de la cantidad pagada, por cuanto supone la anulación del contrato o la operación, sería al igual que los supuestos analizados, un supuesto de *culpa in contrahendo*. Por último, los productos peligrosos con riesgo en desarrollo cuyo potencial dañoso es detectado por el proveedor y no es dado a conocer, se enmarcaría en un supuesto de responsabilidad tal vez de tipo contractual pero en ningún caso precontractual. Cuando no haya contrato y el producto afecte la integridad de un tercero, existiría una responsabilidad extracontractual del proveedor o fabricante.

Las cláusulas abusivas presentes en un contrato por adhesión, por su parte, pueden estar precedidas de condiciones generales anunciadas o “publicitadas” por el predisponente, o pueden no estarlo. La información y el principio de buena fe se ven vulnerados, en el primer supuesto, cuando no se respetan ciertas condiciones generales anunciadas como parte integrante del contrato particular, defraudando la confianza legítima y la buena fe en las prácticas comerciales. En segundo lugar, cuando el contrato por adhesión por sí sólo es anulado por contener cláusulas abusivas que contradicen la buena fe precontractual y el deber de información (no se respetan por ejemplo, los aspectos formales para que el consumidor sepa lo que contrata), también sería procedente solicitar indemnización por los daños morales y patrimoniales sufridos basándose en una *culpa in contrahendo*.

En la publicidad engañosa se dan dos supuestos en que cabe hablar de responsabilidad precontractual: la que constituye la publicidad misma cuando lleva envuelta información relevante para el consumidor y la que se da en caso de que la publicidad integre o lleve consigo una oferta. En ambos casos vistos desde el punto de vista del consumidor, cuando no se celebre en definitiva el contrato. En caso de celebrarse, tendría que existir la posibilidad que el perjuicio sea tal que se consagraré la anulación del contrato, lo cual, por su efecto retroactivo, haría presumir, no que nunca existió acuerdo de voluntades, lo cual es evidente, sino que fueron los deberes precontractuales y la buena fe los que fueron vulnerados y que originan la responsabilidad precontractual. Por otro lado, aun cuando la

oferta para el proveedor sea vinculante, si es el consumidor el que no desea contratar, ya sea por la pérdida de la confianza en el proveedor o en la calidad del producto o servicio anunciado, lo procedente si existieren perjuicios materiales o morales sería una indemnización, reparación de tipo precontractual.

En definitiva, si bien no todos los deberes precontractuales generan efectivamente responsabilidad precontractual, al incidir la información precontractual y otros principios del derecho del consumidor en su consentimiento, se da el supuesto de *culpa in contrahendo* cuando no se contrata o el contrato es anulado, el cual se rige por las reglas de la responsabilidad precontractual.

Bibliografía

- 1) AA. VV., *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley 19496 y las principales tendencias extranjeras*, Corral H. (editor), Universidad de los Andes, Santiago, 1999.
- 2) A.A. V.V., *Estudios de Derecho Civil II (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006)*, coord. Corral H. y Rodríguez M., Ed. Lexis Nexis, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007
- 3) AA. VV., *La Protección de los Derechos de los consumidores en Chile*, Baraona J. y Lagos O., Universidad de los Andes, Santiago, 2006.
- 4) AAVV., *Temas de contratos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006
- 5) AA.VV., *Temas de derecho del consumidor*, Pizarro C.(editor), Universidad Diego Portales, Santiago, 1997
- 6) Abeliuk R., *Las obligaciones*, 2ª edición, Edías editores, Santiago, 1993 p
- 7) Aimone E., *Derecho de protección al consumidor*, Ed, Jurídica Conosur, Santiago, 1998
- 8) Alessandri A., *De los contratos* Ed. Jurídica de Chile, (1ª edición), Santiago
- 9) Butkovich K y Rodas C., *Protección del consumidor en el comercio electrónico vía Internet, en Chile como en Derecho comparado, en especial en las Directivas Comunitarias Europeas y en la legislación española*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (disponible en formato PDF e impreso), Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004
- 10) De León A., Moreno C, Aza M. , *Derecho de consumo*, Ed. Forum, Barcelona, 1995.
- 11) De los Mozos J. L., *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Centro de Estudios, Madrid, 2005
- 12) Diez Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Ed .Civitas, 5ª edición, Madrid, 1996
- 13) Domínguez A. y Domínguez B R., “Comentarios de Jurisprudencia”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 197, enero-junio 1995
- 14) Domínguez A.R, Domínguez B. R. y Domínguez H.C., “Comentarios de Jurisprudencia” , en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 199, enero-junio 1996
- 15) Ducci C., *Derecho Civil Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995
- 16) Farina J., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993
- 17) Fernández F., *Manual de Derecho Chileno de Protección al consumidor*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003
- 18) Ghersi C., *Cuantificación económica del daño*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999

- 19) Goldenberg I., *Indemnización por daños y perjuicios*, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 1993
- 20) González M., *Reflexiones sobre las Condiciones Generales*, Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid, 1996
- 21) Hilsenrad. A., *Las obligaciones precontractuales*, trad esp por Menéndez Pidal, Ed. Góngora, Madrid, 1932
- 22) Larenz K., *Derecho justo, Fundamentos de ética jurídica*; Ed. Civitas, Madrid, 1991
- 23) López Santa María, *Los contratos. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 1998
- 24) Llodrà F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002
- 25) Molinari A., *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2004
- 26) Moset J., Díez Picazo L., Busnelli L.; Da Couto e Silva C.; *Daños*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991
- 27) Pizarro C., *La Protección de los consumidores en materia contractual*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1999
- 28) Pizarro C., De la Maza Iñigo., *Responsabilidad Civil Casos Prácticos* , Ed Lexis Nexis, Santiago, 2006
- 29) Razzónico J.C., *Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones negociales generales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987
- 30) Rodríguez P., *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999
- 31) Rodríguez P., *La responsabilidad jurídica extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000
- 32) Rosende H., *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979.
- 33) Saavedra F., *Teoría del consentimiento*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1994
- 34) Saleilles R., “De la responsabilidad precontractual a propósito de un estudio sobre la materia” en *Revista de Derecho y jurisprudencia*, n° 6, 1908
- 35) Sandoval R., *Derecho del consumidor*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004
- 36) Sevia A., *Cláusulas abusivas en la contratación , en especial las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002
- 37) Stiglitz G. y Stiglitz R., *Derechos y Defensa de los consumidores*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- 38) Stiglitz G y Stiglitz R., *Responsabilidad precontractual*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1992
- 39) Tapia M, Valdivia J., *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002

- 40) Tapia O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Ed Lexis Nexis, Santiago, 2006
- 41) Valpuesta M., “Formación del contrato”, en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, (Valpuesta M. y Verdera R. coordinadores), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001
- 42) Varas J. A. y Momberg R., “La oferta en Chile, un ordenamiento, tres regímenes”, en A.A. V.V., *Temas de contratos*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2006
- 43) Zannoni E., Compagnucci de Caso R., *Seguros y Responsabilidad Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires
- 44) Zuloaga M., *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Ed, Lexis Nexis, Santiago, 2006

Sitios Web consultados:

- 1) http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20rengifo%20garcia
- 2) http://64.233.169.104/search?q=cache:xy-elkup9h4J:acj.org.co/activ_acad.php%3Fmod%3Dposesion%2520rengifo%2520garcia+deber+de+informaci%C3%B3n+causal+autonoma+vicios+del+consentimiento&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl
- 3) http://64.233.169.104/search?q=cache:4HLQ7qccF0MJ:www.pandectasperu.org/revista/no199912/lcabana.html+productos+peligrosos+responsabilidad+precontractual&hl=es&ct=clnk&cd=5&gl=cl&lr=lang_es
- 4) <http://www.monografias.com/trabajos39/responsabilidad-precontractual/responsabilidad-precontractual.shtml>
- 5) <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=328&format=print>
- 6) http://www.aaba.org.ar/bi20op76.htm#_ftn8
- 7) www.garridorengifo.com/documentos/deber_informacion.pdf